

La Clause Pénale dans les Obligations en droit Français et Egyptien

Étude de Jurisprudence

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 13 Mai 1939, à 14 heures

PAR

Gabriel KHOURI

Avocat aux Tribunaux Mixtes d'Egypte

JURY DE LA THÈSE :

Président : M. RIPERT, Professeur

Suffragants : MM. DONNEDIEU DE VABRES, Professeur
HAMEL, Professeur

PARIS

MAURICE LAVERGNE, IMPRIMEUR

289, RUE SAINT-JACQUES, 289

1939

Tous droits réservés

La Clause Pénale dans les Obligations en droit Français et Egyptien

Étude de Jurisprudence

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 13 Mai 1939, à 14 heures

PAR

Gabriel KHOURI

Avocat aux Tribunaux Mixtes d'Égypte

JURY DE LA THÈSE :

Président : M. RIPERT, Professeur

Suffragants : MM. DONNEDIEU DE VABRES, Professeur
HAMEL, Professeur

PARIS

MAURICE LAVERGNE, IMPRIMEUR

289, RUE SAINT-JACQUES, 289

1939

Tous droits réservés

**La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation
aux opinions émises dans les thèses : ces opinions doivent être consi-
dérées comme propres à leurs auteurs.**



L'objet de cet ouvrage est l'étude de la clause pénale en Droit Français et en Droit Egyptien.

Le Code Civil Français réglemente la clause pénale dans les articles 1226 à 1231 qui forment la section VI du titre III du Livre III, dans l'article 1152 qui définit le caractère forfaitaire de la clause au titre des dommages-intérêts, et dans l'article 2046, au titre « des transactions » qui consacre la faculté de stipuler une clause pénale dans une transaction.

La Loi Egyptienne est moins étendue. La clause pénale ne fait l'objet que des articles 152 et 181 du Code Civil Mixte, et 98 et 123 du Code Civil Indigène.

Ces textes ont donné lieu à des applications nombreuses. On en citera des exemples pris dans le domaine des obligations et des libéralités.

Le rapprochement entre le Droit Français et le Droit Egyptien permettra parfois de mieux dégager la physiologie propre de chacun d'eux, par le contraste qu'ils offrent sur certains points, notamment en ce qui concerne la preuve du préjudice comme condition d'application de la cause pénale, preuve imposée en Egypte, mais inutile en droit Français.

Il existe, comme on le sait, deux sortes de juridictions civiles en Egypte exercées par les Tribunaux Mixtes et par les Tribunaux Nationaux : les premiers compétents pour connaître des procès où se trouvent mêlés des étrangers, les autres pour juger les procès entre nationaux.

Les deux juridictions appliquent deux codes civils différents, mais dont les articles sur la clause pénale sont semblablement rédigés. Leurs jurisprudences sont les mêmes sur bien des points. L'étude systématique de la jurispru-

dence Mixte seule a été entreprise parallèlement à l'étude du Droit Français. L'étude de la jurisprudence des Tribunaux Nationaux fera l'objet d'un chapitre à part.



Notre examen portera sur les points suivants :

PRÉLIMINAIRES :

- I. — Place de la clause pénale dans le droit des obligations. Définition.
- II. — Sources de la clause pénale. Contenu et forme.

I^{re} PARTIE. — THÉORIE GÉNÉRALE DE LA CLAUSE PÉNALE :

Chap. Premier. — *Caractère accessoire de la clause pénale.*

Chap. II. — *Conditions d'exigibilité de la clause pénale.*

Sect. 1. — Il faut une contravention à l'obligation.

Sect. 2. — Faute du débiteur. Causes d'exonération.

Sect. 3. — Préjudice. Etude comparée du Droit Français et du Droit Egyptien.

Chap. III. — *Effets de la clause pénale.*

Sect. 1. — Délai de grâce.

Sect. 2. — Non-cumul de la clause pénale avec l'exécution.

Sect. 3. — Caractère forfaitaire de la clause pénale.

Chap. IV. — *Exécution partielle.*

Chap. V. — *La clause pénale dans la jurisprudence des Tribunaux Nationaux.*

II^e PARTIE. — APPLICATION DE LA CLAUSE PÉNALE DANS CERTAINS CONTRATS.

Chap. Premier. — *La Clause pénale dans le contrat de vente de coton.*

Chap. II. — *La Clause pénale dans la vente à tempérament.*

Chap. III. — *La Clause pénale dans les libéralités en Droit français.*

PLACE DE LA CLAUSE PÉNALE DANS LE DROIT DES OBLIGATIONS

Toute obligation civile comporte le droit pour le créancier de recourir à justice pour en obtenir la sanction par la force contre le débiteur défaillant. De diverses manières le créancier pourra recevoir satisfaction, selon la nature de la convention envisagée. S'agit-il de l'obligation de donner une somme d'argent, ou une chose (autre que de l'argent) individualisée qu'une personne s'est engagée à livrer ? L'exécution en nature sera possible. Elle l'est pareillement dans certaines obligations de faire, celles notamment qui, n'exigeant pas l'intervention personnelle du débiteur, peuvent être exécutées par le créancier au dépens du débiteur, sur l'autorisation de justice (art. 1144) ; ou dans les obligations de ne pas faire, le créancier pouvant demander « que ce qui aurait été fait par contravention à l'engagement soit détruit » ou à le détruire lui-même (art. 1143 C. Civ.).

Dans d'autres cas, cette exécution en nature paraîtra impossible. Il en est ainsi des obligations de faire dont l'exécution requiert l'intervention personnelle du débiteur. La dignité de la personne humaine, la sauvegarde de la liberté interdit en ce cas l'exécution directe. « Nemo potest praecise cogi ad factum ». Le créancier doit accepter une somme d'argent équivalente aux avantages qu'il espérait obtenir de l'exécution en nature.

Le même principe doit encore s'appliquer si des circonstances spéciales ont rendu impossible l'exécution en

nature, par exemple, la perte de la chose due par la faute ou après la demeure du débiteur. Le créancier ne pourra obtenir qu'une réparation par équivalent.

Même dans les cas où l'exécution en nature est possible, le créancier peut, s'il le désire, préférer en obtenir l'équivalent pécuniaire (art. 1147). Enfin, d'autres hypothèses se présentent dans lesquelles une condamnation à des dommages-intérêts s'ajoute à une autre sanction de l'obligation inexécutée ; c'est ainsi que le créancier qui obtient l'autorisation de détruire ce qui aurait été fait contrairement à l'engagement, peut obtenir, en outre, des dommages-intérêts (art. 1143) ; que la résolution judiciaire peut entraîner aussi pour la partie au profit de qui elle a été prononcée, condamnation à des dommages-intérêts (art. 1184, al. 2) ; de même le retard fautif dans l'exécution est par lui-même générateur de dommages-intérêts, indépendamment du sort réservé au débiteur à raison de l'inexécution.

La fréquence des débats auxquels donnent lieu les dommages-intérêts pécuniaires n'a pas supprimé les difficultés d'ordre juridique et d'ordre pratique que soulève leur mode de calcul de ces dommages. Les dommages-intérêts dus au créancier sont en général de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé (art. 1149 C. Civ.). Ils ne peuvent excéder ceux qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point par le dol du débiteur que l'obligation n'est pas exécutée (art. 1150 C. Civ.). Même au cas de dol, la perte éprouvée et le gain manqué ne doivent comprendre que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention (art. 1151).

L'appréciation de la *perte éprouvée* et du *gain manqué*, soumise aux magistrats, est matière à fréquentes discussions. « L'expérience a dès longtemps prouvé combien
« elle est souvent délicate et il n'est peut-être pas, en effet,
« de matière qui ait engendré plus de controverses et de

« perplexités (1). » Dumoulin signale l'abondance des controverses qu'elle a suscitées... *ineptissimae anxietates, controversissimae legum hujus materiae conciliationes, imo contorsiones...*

La distinction des dommages en prévus et imprévus soulève la question de savoir si les créanciers ne peuvent exiger que les dommages intrinsèques (c'est-à-dire, soufferts relativement à la chose qui fait l'objet du contrat) ou extrinsèques (c'est-à-dire subis dans ses autres biens à l'occasion de l'inexécution de la convention) (2), les premiers, censés avoir été prévus et les seconds, hors de prévisions.

Elle peut aussi entraîner les juges à examiner au préalable si l'inexécution imputable au débiteur est dolosive et le faire supporter, en ce cas, toute l'étendue du dommage.

Enfin, la distinction de dommages en directs et indirects « absolument juste au fond » (3) impose au juge une analyse qui n'est pas toujours aisée, malgré les efforts que depuis Pothier (obligations n° 167) la doctrine déploie pour en donner un critérium définitif.

A ces difficultés de droit, l'évaluation des dommages-intérêts ajoute des difficultés de fait. Etablir le préjudice nécessite souvent des connaissances techniques particulières que l'on ne peut exiger des magistrats. L'instruction de l'affaire se complique alors d'expertises et d'enquêtes au prix de lenteurs et de frais. Le créancier, qui a déjà souffert de l'inexécution du contrat, devra subir, en outre, la charge mal commode de prouver la réalisation et l'importance du préjudice.

La clause pénale a précisément pour effet d'écarter des procès ces discussions difficiles. Elle est destinée à éva-

(1) Demolombe. *Traité des contrats*, T.I, Paris 1877, p. 565.

(2) Demolombe. *Ibid.*, p. 567.

(3) Planiol et Ripert. *Traité Élémentaire de Dr. Civil*, T.II, X^e éd. p. 94.

luer dans la convention, à titre forfaitaire, la réparation que la partie responsable de l'inexécution ou du retard dans l'exécution fournira à l'autre,

L'article 1229 du C. Civ. définit ainsi la clause pénale compensatoire :

« La clause pénale est la compensation de dommages
« et intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de
« l'obligation principale...

et du paragr. 2 du même article, on peut déduire la possibilité de sanctionner par une clause pénale le cas de retard.

« Il (le créancier) ne peut demander en même temps
« le principal et la peine, à moins qu'elle n'ait été stipulée
« pour le simple retard. »

La clause pénale est en effet la représentation des dommages-intérêts ; ces dommages-intérêts sont de deux sortes : compensatoires (pour inexécution) et moratoires (pour retard dans l'exécution). Elle doit donc permettre de convenir d'avance du montant forfaitaire des uns et des autres.

L'usage de la clause pénale assure aux créanciers d'autres avantages.

L'art. 1226 du C. Civ. lui assigne une fonction différente de celle définie plus haut :

« La clause pénale est celle par laquelle une personne,
« pour assurer l'exécution d'une convention, s'engage à
« quelque chose en cas d'inexécution. »

La Clause Pénale permet de garantir l'exécution du contrat ; le créancier peut imposer à son débiteur une peine énorme en cas d'inexécution ; et par cette menace, s'assurer le paiement en nature de l'objet principal convenu.

Comment expliquer la double définition du Code Civil ?

On peut répondre que l'art. 1226 C. Civ. (Clause Pé-

nale destinée à assurer l'exécution) reproduit un texte de Pothier (Obligations n° 338 et 335), inspiré du Droit Romain, qui rappelle les circonstances historiques de l'apparition de la Clause. L'art. 1229, au contraire (la Clause Pénale compensation des dommages soufferts par le créancier) évoque de l'institution une utilité qui apparut plus tard.

Dans le principe, le Droit Romain ne connaissait de force obligatoire qu'aux conventions ayant pour objet une somme d'argent. Pour étendre le cercle des stipulations obligatoires et y comprendre celles ayant pour objet une *certa res* ou un *incertum* (*facere* ou *non facere*) la pratique imagina de leur adjoindre une obligation de payer une somme d'argent en cas d'inexécution, dite « stipulatio pœnae » qui, alors, assurait véritablement, pour le créancier, l'exécution de l'obligation (cpr. art. 1226 C. Civ.). Grâce à cette stipulatio pœnae, le débiteur exécutait l'obligation principale qui, à l'origine, n'avait pas de sanction *jure civili*, pour s'esquiver au paiement de la peine, généralement plus onéreuse pour lui que de fournir au créancier la satisfaction promise.

C'est à ce souvenir du Droit Romain que se rattache la définition de l'art. 1229 du C. Civ. qui attribue à la clause pénale le pouvoir d'assurer l'exécution de l'obligation principale. Ainsi que l'ont fait remarquer MM. Planiol et Ripert (4), « cette idée a cessé d'être exacte dans « le droit moderne où toutes les conventions sont obligatoires par elles seules et où l'exécution des conventions « licites est toujours assurée par la loi elle-même ».

Déjà, dans le dernier état du Droit Romain, la clause pénale primitive avait perdu de son importance ; elle fut cependant maintenue à cause des avantages pratiques qui en résultaient et qu'à l'origine, l'on n'avait pas directement recherchés.

« Lorsque ces obligations (ayant pour objet une *certa*

(4) Traité Élément. de Droit Civil. X^e éd., T.II, p. 98.

« *res* ou un *incertum*) — dit Cuq — furent sanctionnées
« par la *condictio certae rei* ou par l'*actio « ex stipulatu »*,
« la stipulation de peine resta usitée. Elle offrait plusieurs
« avantages : au cas d'inexécution, elle dispense de prou-
« ver le montant de l'intérêt, elle écarte l'arbitraire du
« juge ; elle fournit un moyen d'obtenir plus que la valeur
« du préjudice, elle est sanctionnée par l'*action certae pe-*
« *cuniae* avec ses conséquences ; elle sert à faire un com-
« promis, à valider indirectement des conventions, qui,
« par elles-mêmes, n'ont pas force obligatoire, sans être
« illicites ou immorales (5). »

Ainsi, à mesure que s'accroissait le nombre des con-
trats sanctionnés et que le principe de l'autonomie de la
volonté gagnait du terrain, la fonction primitive de la
Clause Pénale perdait de son importance ; tandis que sa
fonction secondaire (évaluation forfaitaire de dommages-
intérêts) occupait la première place.

La double définition du Code Civil a cependant fait
surgir une controverse.

L'art. 1226 semble plutôt désigner la clause pénale
d'un montant supérieur au préjudice prévisible, servant
de menace contre le débiteur pour le contraindre à l'exé-
cution. Les art. 1226 et 1152 parlent d'une « clause de
dommages-intérêts » qui est la « compensation du préju-
dice ».

Le Code aurait-il créé deux institutions différentes,
l'une : la clause pénale proprement dite, de l'art. 1226 à
laquelle s'appliqueraient les textes sous la rubrique « Des
Obligations avec Clause Pénale », — l'autre : la clause de
dommages-intérêts, adéquate au préjudice, qui serait seule
régie par l'art. 1152 et à laquelle on ne pourrait pas appli-
quer les art. 1226 à 1233 ?

Dans le domaine législatif, ces deux institutions sont,

(5) Cuq. Inst. Jurid. des Romains, p. 597.

en effet, concevables. Elles sont toutes deux admises en Droit Anglais, qui distingue parmi les clauses pénales celles qui constituent des pénalités, de celles qui sont des dommages-intérêts liquidés. C'est au juge qu'il revient de définir, à travers le texte de la convention, la nature exacte de la clause stipulée. Lié par le montant de la clause de dommages-intérêts, il peut, au contraire, réduire celle dont le montant exagéré avait surtout en vue d'assurer l'exécution (6).

En Droit Français, la question de savoir si le Code Civil s'est rattaché à la conception punitive ou réparatrice de la clause pénale a été débattue (7). La réponse vraie semble bien être que les deux fonctions de la clause ont été aperçues et voulues par le législateur. La discussion n'offre cependant, en pratique, qu'un intérêt restreint, car les auteurs, partagés sur la fonction de la clause pénale, sont en revanche unanimes à décider qu'il n'existe dans la loi qu'une réglementation unique pour cette clause, quelle qu'en soit la fonction (8). Punitive ou réparatrice, la clause pénale est, dans tous les cas, soumise aux articles 1152, et 1226 à 1233 du Code Civil.

La théorie de deux clauses pénales distinctes, réglementées différemment, l'une par l'art. 1152, l'autre par les art. 1226 et suivants, n'apparaît guère qu'une fois dans une espèce demeurée isolée en jurisprudence (9). Un employé engagé au service d'une Société pour une durée déterminée stipule qu'une clause pénale de frs. 10.000 serait payée par la partie qui romprait le contrat avant terme. L'employé, licencié avant l'échéance du terme, réclame la pénalité due; la Société oppose l'art. 1231 prétendant que l'exécution partielle du contrat doit entraîner la réduction de la peine.

(6) Voir Demogue : *Traité des Oblig. en général*, Paris 1932, T.VI, p. 530, n° 497.

(7) Voir Maruani : *La Clause Pénale*. Thèse Paris 1935, pp. 8 à 10 (passim) et p. 65, Ch. II.

(8) Maruani : *op. cit.* p. 69 et 70.

(9) 12.8.1910. D.P. 1912-2-91.

La Cour considère les engagements litigieux comme constituant une clause de dommages-intérêts, non comme une clause pénale ordinaire. Elle relèverait de l'art. 1152 ; l'art. 1231, même en cas d'exécution partielle, lui est inapplicable ; voici les motifs principaux de l'arrêt rendu :

« Attendu que contrairement à l'opinion générale-
« ment admise, mais erronée cependant, l'art. 1231 C.
« Civ. applicable à la Clause Pénale ordinaire (art. 1226 C.
« Civ.) ne doit jamais l'être à la stipulation de dommages-
« intérêts (art. 1152 C. Civ.), exception faite toutefois pour
« le cas où, dans une obligation principale ayant pour ob-
« jet le paiement d'une somme d'argent, les parties au-
« raient stipulé, pour dommages-intérêts, une somme su-
« périeure au taux de l'intérêt légal (art. 1153. C. Civ.).

« Attendu, en effet, que dans le projet primitif, l'art.
« 1152 C. Civ. était ainsi conçu : « Lorsque la convention
« porte que celui qui manquera de l'exécuter payera une
« certaine somme, il ne peut être alloué à l'autre partie une
« somme plus forte, quoique le dommage se trouve plus
« grand. Le Juge peut, au contraire, modérer celle stipu-
« lée, si elle excède évidemment le dommage effectif.

« Attendu qu'après discussion au Conseil d'Etat, dans
« la séance du 11 Brumaire An XII, cette première rédac-
« tion fut modifiée de la façon suivante : « Lorsque la con-
« vention porte que celui qui manquera de l'exécuter
« payera une certaine somme, il ne peut être alloué à l'au-
« tre partie une somme plus forte ni moindre. »

« Attendu que cette nouvelle rédaction soumise au
« Tribunat y fut l'objet de l'observation qui suit : « Après
« les mots « une certaine somme » ajouter : « à titre de
« dommages-intérêts ». L'objet de cette addition est de dé-
« terminer la juste application de l'article et de marquer
« la différence entre la clause des dommages-intérêts, à la-
« quelle le Juge ne peut rien changer, et la clause pénale
« qui peut être réduite.

« Attendu que finalement l'art. 1152 a été modifié,
« puis adopté dans le sens de cette observation,

« Attendu que c'est là la démonstration péremptoire
« que, dans l'esprit, sinon de ses commentateurs, au
« moins de ses auteurs, le C. Civ. a entendu formellement
« et expressément différencier la clause de dommages-in-
« térêts prévue par son art. 1152 d'avec la clause pénale de
« ses art. 1226 à 1231, puisque le juge ne peut rien chan-
« ger de la première, tandis qu'il peut modifier la seconde
« en cas d'exécution partielle de l'obligation prise. »

Il est vrai qu'au cours de la communication officielle au Tribunal, la section de législation de cette Assemblée a demandé l'addition au texte initial du projet des mots « à titre de dommages-intérêts » et que dans son intention, cette ajoute devait servir à différencier la clause pénale que le juge peut réduire, de la clause de dommages-intérêts (art. 1152). Mais en adoptant la modification proposée, le Conseil d'Etat n'y a vu qu'un changement de rédaction. Il a changé le texte sans changer l'esprit de son projet primitif. La preuve en est dans l'exposé du projet de rédaction définitive présenté par Bigot-Préameneu au Conseil d'Etat (P. V. du 26 janvier 1804), d'après la conférence tenue au Tribunal (10). L'orateur a exposé que le Tribunal n'a proposé de changement au fond que sur l'art. 112 du projet (11), et que la section s'est rendue à ces observations : *« les autres articles, dit-il, n'ont subi que des changements de rédaction »*.

En exposant plus tard (28 janvier 1804) ce même projet au Corps Législatif, il affirme clairement le principe de la fixité de la clause pénale des articles 1226 et suivants :

« La peine stipulée par les contractants fait la loi entre eux. Le créancier ne doit pas être admis à dire que cette peine est insuffisante, ni le débiteur à prétendre qu'elle est excessive. Quel serait le juge qui, mieux que les parties, pourrait connaître les circonstances et les

(10) Fenet : T.13, p. 170.

(11) Art. 1221 du C.civ.

« intérêts respectifs qui ont déterminé la fixation de la « peine ? »

Et l'exposant termine par cette phrase qui ne laisse pas de doute sur l'identité dans la réglementation en Droit Français des deux clauses (clause pénale et clause de dommages-intérêts) :

« On doit appliquer ici les raisonnements faits sur la « fixation d'une somme stipulée pour dommages-intérêts (12). »

Cette identité est prouvée, une fois de plus, dans la communication officielle au Tribunat par le Tribun Favard (3 février 1804). A propos des articles 1226 et suivants du C. Civ., le Tribun s'exprime ainsi : « Une clause « pénale doit-elle être rigoureusement exécutée ? Dans les « Tribunaux, autrefois, on la modifiait ; quelquefois, on « la supprimait quand il n'y avait qu'un retard dans l'exécution et le juge se contentait de condamner à quelques « dommages-intérêts... Le projet de loi, plus sévère et plus « juste, ne permet plus aux juges d'affranchir le débiteur « de mauvaise foi de la peine qu'il a stipulée lui-même et « librement »...

II

SOURCES DE LA CLAUSE PÉNALE

Contenu et formes de la clause pénale.

Comme son nom l'indique, la source de la clause pénale est la convention des parties, une clause étant l'une des stipulations figurant dans un contrat.

Source légale. — Certains textes de loi contiennent cependant des dispositions relatives aux dommages-inté-

(12) Fenet. T.13, p. 233 et 234.

rêts qui se rapprochent des clauses pénales par l'évaluation forfaitaire du préjudice qu'elles imposent au juge.

Par exemple : les articles 1153 et 1154 du C. Civil, qui fixent à forfait au montant du taux de l'intérêt légal les dommages de retard dans les obligations de sommes d'argent, et l'art. 3 de la loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail, qui fixe le montant de l'indemnité à payer aux victimes selon l'importance du salaire, leurs charges de famille, et le degré de l'incapacité (13) sans qu'en principe le juge puisse se départir de cette évaluation forfaitaire.

Ces évaluations légales des préjudices ressemblent aussi aux clauses pénales, en ce sens que leur allocation n'est pas soumise à la preuve préalable d'un préjudice.

*
**

Existe-t-il une source judiciaire de Clause Pénale ?

Certaines décisions judiciaires emploient le terme de « Clause Pénale » aux dommages et intérêts auxquels elles condamnent une partie (14). Mais, sous cette dénomination, il se cache en réalité d'autres institutions. Parfois, il s'agit d'une astreinte véritable, mise à charge de la partie condamnée, à raison de tant par jour de retard, pour la contraindre à exécuter les injonctions du juge (15) ;

(13) Pour l'Egypte, il existe des textes semblables: l'intérêt moratoire est régi par les art. 183, 184 et 185 du C.civ. et les accidents du travail ont été réglementés par la loi du 6 Septembre 1936, en application depuis le 6 février 1937.

(14) C. d'App. Mixte d'Alex. 12.12.1895, B.8, p. 39.

C. d'App. Indochine 29.4.1910. D.P. 1912-2.71.

(15) Tel paraît être le sens du mot « Clause Pénale » employé dans l'arrêt précité du 12.12.1895 (C. d'App. Mixte d'Alex.) B.8, p.39. « Attendu que les condamnations prononcées en cette matière ne s'exécutent qu'en ce sens que le juge se réserve tacitement le droit de revenir sur ce qu'il a décidé en modérant les dommages-intérêts » et en les proportionnant au préjudice réellement subi. »

Voir aussi C.d'App.Indochine, 29.4.1910. D.P. 1912-2.71 (précité).

cette clause pénale (astreinte) ne peut être acquise au créancier qu'après révision par le Tribunal qui en liquidera définitivement le montant.

D'autres fois, le Tribunal, en condamnant une partie à faire ou à ne pas faire quelque chose, fixe dans sa décision le montant à payer à titre de dommages pour chaque contravention constatée à l'avenir, la somme étant acquise à la partie lésée, sans nouvelle intervention de la justice. Ces sortes de condamnations se rencontrent dans les affaires possessoires comme réparation du préjudice qu'un nouveau trouble du défendeur pourrait causer au demandeur (16). Les tribunaux administratifs y ont recours pour assurer l'exécution de mesures nécessaires à l'ordre ou à la salubrité publique (17), ou pour prévenir les dommages dont menace les particuliers l'exécution des travaux publics (18).

Pour juger la validité de cette « clause pénale judiciaire », il faut distinguer selon que le montant de la condamnation a été calculé sur la base du préjudice causé au demandeur, ou fixé arbitrairement par le juge dans la pensée de vaincre l'obstination du plaideur de mauvaise foi. La condamnation n'est valable que dans le premier cas. Elle se confond alors avec les dommages-intérêts compensatoires.

S'il n'est pas possible de fixer au moment du jugement les éléments du préjudice à venir, ou si le juge n'a pas tenu compte de ces éléments dans l'évaluation de la peine, il y a excès de pouvoir (19).

Ces condamnations ressemblent aux clauses pénales en ce qu'elles assurent l'exécution d'un jugement qui fait

(16) Req. 18.7.1900 D.P. 1902-1.191.

(17) Cons. d'Et. 24.11.1893 D.P. 1894-3.86.

Le Conseil de Préfecture ordonne à la ville de Tlemcen de faire certains travaux destinés à faire disparaître le préjudice causé à un particulier par l'accumulation dans le voisinage de sa propriété, de détritus de l'abattoir, à peine de 10 francs par jour de retard.

(18) Cons. d'Et. 21.11.1879. D.P. 1880-3.19.

(19) Le critérium de la validité de la clause pénale judiciaire

la loi des parties et que leur montant, une fois établi, ne peut plus être modifié par le juge, si les circonstances restent les mêmes ou par une seule des parties ; elles en diffèrent par leur équivalence matérielle absolue aux dommages qu'elles sont destinées à réparer, alors qu'en matière de clause pénale conventionnelle les parties peuvent convenir de montants supérieurs ou inférieurs à ces dommages.

*
**

Sous ces réserves, la source de la Clause Pénale est la convention des parties.

Aux termes de l'article 1226 : « la clause pénale est « celle par laquelle une personne, pour assurer l'exécution d'une convention, s'engage à quelque chose en cas « d'inexécution. »

Les termes généraux « s'engage à quelque chose » indiquent que l'objet de l'obligation peut être aussi varié que possible.

ressort de la confrontation des motifs des arrêts précités : Cons. d'Et. 24.11.1893. D.P. 1894-3.86 et Req. 18.7.1900. D.P. 1902-1.191 :

« Le Sr. Barat n'est pas fondé à soutenir que la condamnation à « 10 francs par jour de retard prononcée par l'arrêt attaqué contre « la ville, au cas où elle différerait l'exécution des travaux prescrits, « constitue la réparation du préjudice qui résulterait pour lui de la « non-exécution de ces travaux ; qu'il n'existe en effet aucune cor- « relation entre cette condamnation et le dommage qui éprouverait « dans ce cas la propriété du requérant ; qu'ainsi cette disposition « de l'arrêt attaqué constitue une véritable clause pénale et doit être « annulé. »

La Jurisprudence Civile adopte le même point de vue (Aix, 12.8. 1876. D.P. 1877-2.175). Le Tribunal avait interdit à Rostan d'exécuter certains travaux à peine de 100 frs pour chaque contravention constatée. En infirmant ce jugement, la Cour constate qu'« il ne se- « rait pas juste de fixer dès à présent ce dommage à 100 frs, la Cour « n'ayant aucun élément pour dire si le préjudice sera supérieur ou « inférieur à cette somme. »

En revanche, la condamnation est valable si elle reflète exactement le préjudice (Req. 18.7.1900. D.P. 1902-1.191). Le juge au possessoire impose à un défendeur en complainte, une condamnation

Le plus souvent, les parties insèrent l'obligation au paiement d'une somme d'argent au créancier en cas d'inexécution ou à un montant déterminé par jour de retard. Mais cela n'est pas nécessaire ; la clause pénale peut comprendre une obligation de donner autre chose que de l'argent (20) ; une obligation de faire ou de ne pas faire. On peut, en guise de clause pénale, s'engager à un travail, à une abstention (21), réduire le délai pour l'exercice d'un droit, en compliquer les conditions d'exercice (22).

Elle peut consister dans une déchéance, dans le refus de répéter certaines sommes ou dans la réduction des sommes qu'un associé peut retirer d'une Société — Req. 16.11. 1858 — D. P. 1859-1.39.

Les parties peuvent également en convenir sous la forme d'une majoration de loyers d'une reconduction dans le cas où le locataire ne consignerait pas au propriétaire les lieux loués à l'expiration du bail (23), ou sous la forme d'un supplément de prix fictif dont l'acheteur s'est fait donner quittance, comme sanction de l'engagement pris par le vendeur de ne pas attaquer le contrat, afin que, dans le cas de résiliation, il soit restitué à l'acheteur, à titre de clause pénale, un prix supérieur à celui qu'il a effectivement payé (24).

pécuniaire pour le cas où son jugement ne serait pas exécuté. La Chambre des Requêtes rejette le pourvoi :

« ...dans l'espèce, le Tribunal de Vouziers, en évaluant par avance le préjudice pouvant résulter de chaque infraction qui serait commise par le Sr. Garot aux dispositions de son jugement, n'a fait que donner une sanction à sa décision, et n'a nullement excédé ses pouvoirs. »

Voir aussi : Laurent, T.17, n° 425, p. 423.

(20) Req. 23.6.1873. D.P. 1874-1.218. Dans cette espèce, la clause pénale mise à charge du locataire qui plaiderait à tort contre le bailleur, consiste dans l'attribution, au profit de celui-ci, des constructions élevées sur les lieux loués par le locataire, au cours du bail.

(21) Demolombe, 26, T.5, p.69 n° 643.

(22) Demogue. Traité des obligations. T.6, p.488, n° 453.

(23) C. d'App. Mixte d'Alex. 28.3.1894, B.6, p. 207. — 17.5.1927,

B.39, p. 479.

(24) Req. 8.7.1857. D.P. 1857-1.420.

Quant à la forme de la stipulation, les parties jouissent d'une liberté d'expression complète. La Clause Pénale peut être insérée dans l'acte qui constate l'obligation principale ou être stipulée dans un acte ultérieur et séparé (25). Généralement, on emploie les mots : « à titre de peine » ou de « dommages-intérêts ». Mais il peut y avoir clause pénale sans que les parties aient même prononcé le mot de peine (26).

Il appartient au juge d'analyser l'intention des parties et de reconnaître à travers les formes variées qu'elle peut revêtir, le sens véritable d'une pénalité (27) en s'inspirant des règles générales de l'interprétation des contrats.

Acceptation bilatérale de la Clause Pénale. — Pour faire la loi des parties, la clause pénale doit avoir fait l'objet d'une acceptation bilatérale.

On a dû rappeler cette vérité d'évidence à l'occasion des pénalités très souvent insérées dans les règlements des Compagnies de Transport, en cas de contravention à ces règlements. La tendance des Tribunaux est de ne reconnaître force obligatoire à ces règlements que si l'expéditeur y a expressément adhéré. Il ne suffirait pas qu'il en ait eu simplement connaissance.

Une peine insérée dans un règlement d'une compagnie de transport maritime contre l'expéditeur qui, au mépris de ce règlement, a fait embarquer des matières explosives, ne peut être appliquée contre l'expéditeur. « Les obligations ne peuvent résulter que de la commune intention des parties et nullement par la volonté de l'une d'entre elles, la stipulant à son profit (28). »

Dans le même sens, la Cour d'Agen a refusé de recon-

(25) Planiol, Ripert et Esmein Traité Pratique de Droit Civil, T.VII, p.172, n° 866.

(26) Laurent, Droit Civil Français. T.17, p.422.

(27) Trib. Civ. Caïre, 1.2.1913. Gaz. III, 88-160

(28) Jugement Trib. Comm. Boulogne-sur-Mer, sous Civ. 17.2. 1878. D.P. 1868-1.500.

naître le caractère obligatoire à la clause non homologuée du tarif d'une compagnie de chemins de fer frappant de nullité un permis de circulation délivré à un expéditeur de bestiaux qui n'aurait pas été visé à la gare de départ (29).

(29) Agen, 14.2.1913, rapporté à la Revue de Droit Civil, 1913, p. 635, n° 30.

PREMIÈRE PARTIE

Théorie Générale de la Clause Pénale

CHAPITRE PREMIER

CARACTÈRE ACCESSOIRE DE LA CLAUSE PÉNALE

L'article 1227, paragr. 2 du C. Civ. dispose que la « nullité de l'obligation principale entraîne celle de la « clause pénale ». Pour être valable, la clause pénale suppose donc une obligation principale valable. La peine destinée à assurer l'exécution d'une obligation, devient sans objet si cette obligation n'a pas une existence juridique valable.

« Que signifierait cette détermination faite d'avance « des dommages-intérêts pour cause d'inexécution de l'obligation contre un prétendu débiteur, qui ne peut être « contraint de l'exécuter, et qui, en l'absence de cette clause « pénale, ne devrait aucun dommage-intérêt (1). »

Ce principe, très simple, a reçu en jurisprudence des applications nombreuses. En voici quelques-unes :

En matière syndicale. — Les obligations des patrons et ouvriers envers leurs syndicats respectifs sont souvent garanties par des clauses pénales. La jurisprudence les annule, lorsque les obligations garanties ne peuvent recevoir d'exécution, parce qu'elles portent atteinte à la liberté du travail.

L'engagement pris par des patrons envers le syndicat de ne pas embaucher une catégorie déterminée d'ouvriers est valable si elle est motivée par la défense d'intérêts pro-

(1) Demolombe, Contrats, T.3, p.566, n° 638.

fessionnels et ne comporte que des interdictions limitées dans le temps et quant aux personnes (2) ; la clause pénale qui en garantit l'exécution doit être appliquée.

La clause est encore valable lorsqu'elle oblige les ouvriers qui ont accepté de travailler durant une grève, à restituer au syndicat les sommes qu'ils en ont reçues durant cette grève (3).

Elle est en revanche nulle lorsque de la part de l'obligé elle serait une négation de sa liberté (3).

L'obligation de ne pas faire partie d'un syndicat professionnel, à peine de dommages-intérêts est licite, lorsqu'elle est imposée par un employeur qui cherche à se mettre à l'abri de grèves, sans pensée hostile à l'encontre du syndicat (4).

Des clauses pénales figurent parfois dans des *ententes professionnelles conclues en dehors du domaine syndical*.

La jurisprudence a reconnu valable la clause sanctionnant une entente entre producteurs de tissus pour ne pas vendre dans des lieux déterminés un tissu de leur fabrication au-dessous d'un certain prix. La restriction à la liberté de vendre est jugée valable parce que limitée quant aux lieux et quant à l'objet sur lequel elle porte (5).

Mais les ententes entre producteurs seraient nulles, si, au lieu d'être motivées par la sauvegarde des intérêts professionnels, elles avaient pour objet de rendre impossible ou ruineuse une exploitation concurrente (6). Il en est ainsi par exemple si des fournisseurs de matières alimentaires se coalisaient pour rendre impossible ou ruineuse l'exploitation d'un adjudicataire futur de fourniture d'aliments aux troupes.

La Cour de Lyon a reconnu valable l'engagement réci-

(2) Civ. 17 Nov. 1926, D.P. 1927.1.33 (1^{re} espèce).

(3) D.P. 1927.1.33 (2^e espèce). Note Paul Pic.

(4) Civ. 9 Mars 1915, D.P. 1916-1.25 (Note Planiol).

(5) Req. 1^o.8.1900, D.P. 1900-1.507.

(6) Civ. 13.1.1879, D. 1880.1.77.

proque pris par deux commis intéressés de ne pas rentrer isolément chez le patron qu'ils viennent de quitter (7).

Dans le *contrat de travail*, la clause pénale est employée pour sanctionner plusieurs sortes d'obligations :

a) la loi du 27 décembre 1890 dispose que « le louage « du service, fait sans détermination de durée, peut lou-
« jours cesser par la volonté d'une des parties contractan-
« tes. » Si une clause pénale est prévue en cas de résilia-
tion unilatérale, elle est annulée s'il ressort des circon-
stances qu'elle entrave en fait la faculté de rupture, tant de
la part du patron que de la part de l'ouvrier. Il en est ainsi
notamment si les montants de ces clauses sont trop élevées
pour être considérés comme simplement indemnitaires (8).
Mais les clauses pénales, même élevées, sont licites quand
elles correspondent à un préjudice réel (9), ou lorsque,
sans supprimer le droit de résiliation, elles en réglemen-
tent l'exercice en fixant le moment auquel celle des par-
ties qui voudra résilier devra prévenir l'autre partie (10).

b) Rompre librement, ne veut pas dire abusivement ;
le paragr. 2 de la loi de 1890 porte : « Néanmoins, la rési-
« liation du contrat par la volonté d'un seul des contrac-
« tants, peut donner lieu à des dommages-intérêts. » Puis
la loi détermine le mode de calcul des dommages-intérêts
en cas de renvoi abusif (il est tenu compte des usages, de
la nature des services engagés, du temps écoulé... etc.),
et l'alinéa 3 dispose que « les parties ne peuvent renoncer
« à l'avance au droit éventuel de demander des domma-
« ges-intérêts en vertu des dispositions ci-dessus. »

On s'est alors demandé si ce texte n'interdisait pas

(7) Lyon, 2.8.1873, D.P. 1877-5.278.

(8) Trib. Civ. Seine, 11.5.1933, D.H. 1933-374.

(9) Cass. 15.4.1913, 5.1914, p.400. Rev. Dt Civ. 1933, p.506 et
les références y indiquées.

(10) Cass. Civ. 2.2.1898, D.P. 1898-1.326. Rev. Dt Civ. 1933,
p.506.

d'insérer des clauses pénales au contrat de travail au cas de renvoi abusif. Les tribunaux distinguent suivant le montant de la clause ; valable dans le cas où elle est établie en proportion du préjudice, elle est déclarée nulle si son montant, dérisoire, équivaut pratiquement à une renonciation (11).

Ce contrôle du juge atténue l'utilité de la clause pénale dont le principal avantage est précisément d'éviter les incertitudes et les lenteurs des recours judiciaires.

Cependant, la clause pénale, même d'un montant inférieur, serait valable lorsqu'elle vise le cas où la résiliation du contrat, justifiée en fait, ne donnerait pas ouverture à une action en dommages-intérêts (12).

c) La loi du 27 décembre 1890 laissait en dehors de ses prévisions le renvoi sans préavis. La jurisprudence s'était toujours refusé, sous l'empire de cette loi, à l'assimiler au renvoi abusif et à lui appliquer le principe interdisant toute convention réduisant les dommages-intérêts (13). Le préavis restait soumis à la libre convention des parties et faisait l'objet de dispositions spéciales dans les règlements d'ateliers, qui en fixaient le taux à volonté, l'abaissant quelquefois à un chiffre dérisoire, ou allant même jusqu'à autoriser la rupture sans l'observation d'aucun délai.

Cette lacune a été comblée par la loi du 19 juillet 1928 qui rendit obligatoire pour le patron le délai-congé fixé par les usages ou par des conventions collectives. L'art. 23, al. 3 déclare nulle de plein droit toute clause d'un contrat individuel ou d'un « règlement d'atelier fixant un délai « congé inférieur à celui qui est établi par les usages ou

(11) Demogue, T.VI, p.491 et Cass. 25.1.1899, D. 99.1.214, note 4.

(12) Planiol et Ripert. Traité Élémentaire de Droit Civil, T.II, p.656.

(13) Voir R. Tr. Dt Civ. 1912, Paul Pic : Règlement d'atelier, p.882, et R. Tr. Dt Civ. 1902, p.218, n° 50 et 1905, p. 328, n° 21. Voir aussi Tr. Comm. Seine, 9.9.1892, D.P. 93-2.545 (note Planiol) et Cass. Civ. 2.2.1898, D.P. 1898-1.326.

« par les conventions » ; ce qui enlève tout intérêt à la clause pénale stipulée pour ce cas.

Cession d'office. — L'art. 6 de la loi du 27 février 1912 déclare nulle toute contre-lettre à une cession d'office ayant pour objet une augmentation du prix stipulé dans le traité de cession. Si la cession est annulée pour ce motif, la même nullité s'étend à la clause pénale qu'elle pourrait contenir (14). La nullité atteindrait pareillement la clause pénale si au lieu d'être stipulée dans le traité apparent elle avait été convenue dans la contre-lettre (15).

La clause est, au contraire, valable, lorsque figurant dans le traité apparent de cession, elle est destinée à empêcher l'inexécution volontaire d'une des parties (16), notamment le défaut par le cédant d'entreprendre les démarches nécessaires auprès de la chancellerie pour la présentation, ou le refus injustifié du cessionnaire de donner suite à la cession.

Quid si la clause pénale est insérée dans un acte sous-seing privé préliminaire de cession d'office, à charge de la partie qui refuserait de passer l'acte authentique à présenter à la chancellerie. Un arrêt de la Cour d'Orléans (17) qui ne manque pas de rigueur estime que ces conventions, bien qu'extrinsèques au traité ostensible « l'affectent néanmoins notablement » et doivent être portées à la connaissance de la chancellerie. La Cour maintint l'acte préliminaire de cession, tout en annulant la clause pénale sur la base des articles 1131 et 1133 du C. Civ. et elle y substitue des dommages-intérêts judiciaires (18).

En *matière de société*, la clause pénale jointe à un contrat de former une société, est nulle si l'acte prélimi-

(14) Dijon, 26.1.1894, D.P. 1896-2.11.

(15) Nancy, 27.2.1875, D.P. 1875-2.214.

(16) Riom, 9.7.1892, D.P. 1894-2.164. C.App. Bordeaux, 16.5.1867, 5.67-2.260.

(17) 25.1.1854, D.P. 1855-2.101.

(18) La Chambre des Req. a rejeté le pourvoi formé contre l'arrêt précité de la Cour d'Orléans, 6.11.1855, D.P. 1855-1.450.

naire est lui-même nul, faute de contenir l'indication des apports et de la durée de la société (19).

L'engagement donné dans un pacte social de ne pas faire partie d'une société concurrente, sous la sanction d'une clause pénale, ne peut recevoir exécution si, après la contravention qui doit entraîner la commise de la peine, la société est annulée pour défaut de publicité (20).

Jugé au contraire, que la clause pénale qui réduit la part des bénéfices d'un associé jusqu'à la porter à zéro, est valable, malgré l'art. 1855 du C. Civ., lorsqu'il dépend de l'associé qu'elle menace, d'en éviter l'application (21).

*
* *

La clause pénale attachée à une *promesse de mariage* est nulle, comme cette promesse elle-même, à laquelle la jurisprudence française ne reconnaît pas de forme obligatoire (22).

Cette nullité existe seulement lorsque la peine entrave, en fait, la liberté du promettant. La jurisprudence en reconnaît la validité s'il ressort des circonstances que l'indemnité est destinée à réparer un préjudice déjà réalisé et reconnu par le promettant. Il n'y a pas alors clause pénale proprement dite, pour le cas d'inexécution éventuelle d'un contrat, mais liquidation de dommages-intérêts pour préjudice déjà réalisé (23).

Cette règle de l'art. 1227 du C. Civ. est encore dans bien d'autres cas appliquée.

La jurisprudence a annulé un contrat de cession, avec

(19) Trib. Civ. Lorient, 27.2.1895, D.P. 1899-2.266.

(20) Civ. 4.1.1853, D.P. 1853-1.5.

(21) Req. 16.11.1858, D.P. 1859-1.39.

(22) 27.5.1892, D.P. 1893-2.183. Voir dans Maruani, *op. cit.* p. 124, l'opinion de M. Ripert en faveur de la validité de cette clause pénale.

(23) Douai, 3.12.1853, D.P. 1855-2.132.

clause pénale, d'une licence pour exploitation de produits pharmaceutiques, parce qu'il avait pour but l'exploitation par le concessionnaire d'une méthode thérapeutique sans valeur scientifique, au moyen d'une publicité intense (24).

La vente d'un objet inexistant est nulle (1582 C. Civ.) La Cour de Lyon a fait application de ce principe, en annulant l'achat, avec clause pénale, d'actions d'une société que les parties croyaient en voie de formation, mais qui ne s'est pas constituée par la suite (25).

La clause pénale insérée dans un contrat pour sanctionner l'obligation prise par une partie de maintenir l'indivision jusqu'à un terme incertain (le décès d'une personne) est nulle. L'art. 815 du C. Civ. est d'ordre public (26).

Dans le contrat de rente viagère, une clause pénale peut garantir le service des arrérages en mettant à charge du débirentier l'obligation de payer, en cas d'inexécution, une somme d'argent supérieure au capital de la rente (27), ou en donnant droit au crédirentier, si la résiliation est prononcée à son profit, à tous les arrérages payés au moment de la résiliation (28). La jurisprudence reconnaît la validité de cette clause.

L'obligation pénale à charge de l'adjudicataire d'un immeuble exproprié consistant dans la perte des sommes qu'il aurait payées à valoir sur le prix en cas de folle enchère (29) est valable.

Mais, serait nulle, au contraire, la clause pénale im-

(24) Civ. 4.12.1929, D.H. 1930, p. 50.

(25) Lyon, 18.5.1854, D.P. 1855.2.13.

(26) Bruxelles, 18.5.1887, D.P. 1888.2.38.

(27) Rouen, 6.2.1874, D.P. 1875.2.199.

(28) Dijon, 9.12.1903, D.P. 1905.2.233.

(29) Paris, 6.12.1877, D.P. 1878.2.81, Civ. Cass., 24.2.1846, D.P. 1846.1.183.

posée à un débiteur exproprié pour l'obliger à racheter les biens dans un certain délai, lorsque cette obligation, conclue avant l'adjudication, aboutit à faire rejeter, par un détour, sur le débiteur, les charges que doit supporter le tiers enchérisseur (30). La volonté du débiteur de racheter les terrains expropriés doit demeurer libre.

On peut valablement imposer aux marins d'un équipage la perte, en cas de désertion, de leurs droits aux parts qui leur seraient dues à la suite d'une expédition, malgré l'insaisissabilité des salaires (31).

L'art. 2004 du C. Civ. qui consacre la révocabilité du mandat quand bon semble au mandant n'est pas d'ordre public. Les parties peuvent convenir de l'irrévocabilité et en assurer l'exécution par une clause pénale (32). Mais la clause serait nulle si dans un mandat fixant à forfait les salaires dus au mandataire, elle avait pour effet de porter atteinte au droit de contrôle que les tribunaux exercent sur ces rétributions (33).

Les dommages-intérêts pour inexécution des obligations des sommes d'argent sont impérativement réglées par la loi. Toute clause pénale qui aurait pour effet de tenir en échec la limitation légale du taux de l'intérêt est nulle (34). Il en est ainsi, même si le prêt a été déguisé sous la forme d'une vente (35) ou de tout autre contrat. Il appartient au juge de dégager à travers les formes multiples que peut revêtir une clause pénale, le sens véritable de cette pénalité (36).

(30) C. d'App d'Alex., 10.3.1931, B.43, p.279, Gaz. XXIII.172.186.

(31) Civ. 20.11.1860, D.P. 1861.1.5.

(32) Cass. de Belgique, 26.2.1885, D.P. 1886.2.258.

(33) Paris, 26.2.1914, D.P. 1919.2.11.

(34) C. d'App. Mixte d'Alex. 2.5.1916, B.28, p.287 et 27.5.1909, B.XX, p.364.

(35) C. d'App. Mixte d'Alex. 22.5.1930, Gaz.XX, p. 87-84.

(36) Trib. Comm. Caire, 1^o.2.1913, Gaz. III, 88.160.

A partir de cette idée que l'on ne peut, par une clause pénale, élever au delà du maximum légal les intérêts des sommes d'argent, la jurisprudence mixte refuse généralement au prêteur à long terme, en cas de remboursement anticipé de sa créance, l'indemnité de remploi stipulée sous la forme de six mois d'intérêts, si cette somme, ajoutée aux intérêts moratoires, les rendait supérieurs au taux maximum (37).

Mais la clause pénale est valable partout où, ne s'agissant plus d'intérêts moratoires, les art. 1153 et 1154 du C. Civ. français et les art. 183, 184 et 185 du C. Civ. Mixte cessent de s'appliquer (38).

La Clause pénale est nulle pour absence de qualité dans la personne du contractant : la Cour de Paris a jugé qu'un dédit de 1.000 frs joint à un engagement théâtral consenti par une mère pour sa fille mineure, excédait les actes d'administration et ne pouvait être appliqué à l'enfant en cas de rupture de l'engagement (39).

Le nazir d'un wakf (40) nommé avec mission de revendiquer et de détenir les biens relevant du wakf, n'a pas qualité pour consentir sur ces biens un kehr sous la sanction d'une clause pénale (41).

De même, est nul avec sa clause pénale, le bail consenti par un nazir plus de deux ans avant la date de son entrée en vigueur et portant quittance de plus d'une année de loyers anticipés (42). (Le nazir ne peut consentir de lo-

(37) Il y a en ce sens une très abondante jurisprudence, voir en particulier, C. d'App. Mixte d'Alex. 10.12.1913, B.26, p.87 et 24. 12.1913, B.26, p. 105.

(38) Demogue. Traité des Obligations, T.6, p.492, n° 456.

(39) Paris, 27.6.1889, D.P. 1890.2.206. Paris 8.7.1882, D.83.2.93.

(40) On nomme ainsi les biens « propriété de mainmorte au profit d'établissements pieux et dont l'usufruit peut être également cédé aux particuliers dans les conditions déterminées par les règlements ». (Art. 22, C. Civ. Mixte).

(41) C. d'Ap. Mixte d'Alex. 22.2.1912, B. 24, p. 164.

(42) Trib. Mixte Caire, 29.1.1923, Gaz. XIII, 193, 330.

cations nouvelles que dans l'année qui précède l'expiration du bail en cours et ne peut toucher, par anticipation, que les loyers d'une année.)

La clause pénale jointe à une obligation impossible est nulle. Le cessionnaire d'un office ne peut réclamer la pénalité en cas d'inexécution, si, au moment de la promesse, il savait que son cédant était atteint d'une maladie mortelle rendant douteuse sa survie jusqu'à l'époque prévue pour la présentation (43).

La clause jointe à une obligation contractée sous une condition purement potestative de la part de l'obligé est nulle (article 1174 C. Civ.). Mais elle est valable si elle affecte un engagement ferme contracté au profit d'une partie obligée elle-même, sous condition potestative (44), car en ce cas, la condition n'est pas stipulée de la part de celui qui s'oblige.

Malgré la généralité de ses termes, l'art. 1227 C. Civ. paragr. 2, comporte certaines exceptions :

a) lorsque la nullité de l'obligation principale tient au défaut de lien entre stipulant et promettant, la clause pénale intervenant pour créer ce lien survit à l'obligation principale (45). C'est l'application de la « stipulation poenae » primitive du Droit Romain. Tel est le cas notamment de la promesse ou de la stipulation pour autrui. On ne s'oblige pas quand on a promis le fait d'un tiers (46). Mais le créancier aura une action contre le promettant, si ce dernier s'engage à lui payer une indemnité en cas de défaut

(43) Nancy, 27.2.1875, D.P. 1875.2.214.

(44) Cass. Civ. 14.7.1869, D.P. 1869.1.346.

(45) Aubry et Rau, 5^e éd., t.IV, p. 188 et Demolombe, Traité de Contrats, t.3, p. 567.

(46) « Si quis alium daturum facturumve quid sponderit non obligatur ». (Instit. de Inutil. Stipul. 3).

lance du tiers. De même, la stipulation pour autrui ne donne un recours au profit du stipulant, que dans le cas où le promettant a garanti sa prestation envers le tiers par une clause pénale au profit du stipulant.

On a fait observer, avec raison, que dans les exemples ci-dessus, la clause pénale devenait en réalité l'obligation principale, dont la stipulation ou la promesse pour autrui n'était qu'une condition (47).

Ces hypothèses où la promesse principale n'a d'existence qu'en raison de la Clause Pénale, tiennent en échec la règle posée par l'art. 1227 paragr. 2. Si la clause pénale était nulle, l'obligation principale le serait également (48).

b) De même, la clause pénale survit à l'obligation principale, lorsque la loi reconnaît à une partie le droit à des dommages-intérêts, malgré l'annulation de l'obligation. Tel est le cas de la vente de la chose d'autrui (art. 1599 du C. Civ.) (49).

Si la clause pénale est annulée, le créancier conserve-t-il le droit de demander des dommages-intérêts ?

Plusieurs cas sont à distinguer :

a) La nullité de la clause pénale procède-t-elle de l'annulation du contrat tout entier ? Aucun dommage-intérêt n'est dû en principe, sauf s'il y a fraude d'une partie, fraude qui sera réprimée selon le droit commun.

Si le contrat est successif et s'il est impossible de remettre les choses en état, la jurisprudence admet quelquefois qu'on peut invoquer les clauses du contrat pour les besoins de la liquidation. Mais cette survie du contrat ne s'étendra pas à la clause pénale, qui, en tout cas, demeurera sans effet (50).

(47) Demogue, op.cit., p. 499, n° 464.

(48) Voir Répertoire Pratique Dalloz, Vol.8, p.447, n° 480 in fine.

(49) Demolombe, op.cit. p.569, n° 642, Req.17.3.1825, S.26.1.15.

(50) Demogue, ibid., p. 495, n° 463.

b) La clause pénale est-elle annulée pour une raison qui lui est propre et l'obligation principale maintenue ? Le créancier aura droit aux dommages-intérêts selon le droit commun.

La rescision pour lésion d'un dédit exagéré stipulé dans un contrat passé pour compte d'une mineure, n'enlève pas au juge le pouvoir d'allouer des dommages-intérêts pour l'inexécution du contrat principal, si la rescision pour lésion ne l'atteint pas (51), d'après les circonstances et sans tenir compte du dédit stipulé (52).

Le Conseil d'Etat a décidé lorsque la clause pénale, stipulée dans le cahier des charges comme sanction du retard dans la consignation de travaux publics, ne peut pas être réclamée pour défaut de mise en demeure, l'administration est recevable à demander une indemnité à raison du préjudice qu'elle justifie avoir éprouvé par suite du retard apporté à l'achèvement des travaux (53). Solution contestable, car le défaut de mise en demeure est tout aussi nécessaire pour faire courir la clause pénale stipulée en cas de retard que pour déclancher l'action en dommages-intérêts moratoires.

Le caractère accessoire de la clause pénale n'a pas pour unique conséquence d'entraîner l'annulation de la clause pénale, quand est nulle l'obligation principale. Il la fait également participer des modalités qui affectent l'engagement qu'elle garantit. Si l'obligation principale est à terme, la clause pénale ne peut être réclamée avant l'échéance du terme ; il en est de même si l'obligation principale est conditionnelle : la même condition affectera la clause.

Lorsque l'obligation principale est *conjointe*, la peine n'est encourue que par celui des débiteurs qui contrevient

(51) Paris, 27.6.1889, D.P. 1890.2.206.

(52) Paris, 8.7.1882, D.P. 1883.2.93.

(53) Aubry et Rau, T.IV, p. 18, sub. e.

à l'obligation et pour la part seulement dont il était tenu dans l'obligation principale, sans qu'il y ait d'action contre ceux qui l'ont exécutée (art. 1233, al. 1) (54).

Cette règle reçoit exception lorsque la clause pénale ayant été ajoutée dans l'intention que le paiement ne pût se faire partiellement, un cohéritier a empêché l'exécution de l'obligation pour la totalité. En ce cas, la peine entière peut être exigée contre lui et contre les autres cohéritiers pour leur portion seulement (art. 1233).

Mais la clause pénale est due solidairement par tous les codébiteurs d'une obligation solidaire (55). Le créancier doit pouvoir réclamer à chacun des co-débiteurs l'équivalent de la prestation en nature à laquelle ce dernier est tenu, et puisqu'il peut lui réclamer la totalité de cette prestation, il doit pouvoir lui réclamer la totalité de la peine.

Lorsque l'obligation contractée avec clause pénale est d'une chose indivisible, la peine est encourue par la contravention d'un seul des héritiers du débiteur, et elle peut être demandée, soit en totalité contre celui qui a fait la contravention, soit contre chacun des cohéritiers pour leur part et portion et hypothécairement pour le tout (art. 1232 C. Civ.).

La jurisprudence a condamné solidairement au paiement de la clause pénale les débiteurs tenus indivisiblement à l'exécution. Elle a décidé que le dédit pour rupture avant terme d'un engagement dramatique par lequel deux époux s'étaient obligés envers un théâtre à tenir les premiers rôles était encouru solidairement par eux (56). De même, elle a prononcé solidairement la commise de la peine contre deux auteurs qui n'avaient pas composé pour la date prévue un livret pour un compositeur. S'agissant d'une obligation indivisible, ils doivent être tenus solidai-

(54) Aubry et Rau, T.IV, p. 46, sub. e.

(55) Aubry et Rau, T.IV, p. 46, sub. e.

(56) D.P. 1891.2.52.

rement de son inexécution, comme ils l'étaient de son exécution (57).

La Cour d'Alexandrie a étendu le caractère accessoire de la Clause Pénale jusqu'à lui appliquer la courte prescription des créances payables par termes périodiques (art. 275 C. Civ. Mixte) lorsqu'elle était destinée à assurer l'exécution d'une créance soumise elle-même à cette courte prescription. En particulier, lorsque la clause pénale sert à assurer l'exécution d'un bail à échéances annuelles, elle se prescrit comme les loyers par cinq ans (58).

(57) D.P. 1890.2.238.

(58) C. d'Appel d'Alex., 23 Février 1932, B.44.196.

Art. 27, C. civ. M. « Les redevances, arrérages, pensions, loyers « et intérêts et, en général, tout ce qui est payable par année ou par « termes moins longs, se prescrivent par cinq années, calculées d'après « les calendriers arabes. »

CHAPITRE II

CONDITIONS D'EXIGIBILITÉ DE LA CLAUSE PÉNALE

L'art. 1229 pose que « la clause pénale est la compensation des dommages et intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale ». La loi ramène la clause pénale aux dommages-intérêts. On tire de cette assimilation que les conditions pour rendre exigible la clause pénale doivent être les mêmes que celles qui donnent ouverture aux dommages-intérêts.

I

Il faut une contravention à l'obligation (1). C'est la condition première des dommages-intérêts. Lorsqu'une clause pénale a été stipulée, l'analyse de cette condition devient délicate. Il ne suffit pas, en effet, d'une contravention à une obligation quelconque du contrat pour entraîner la commise de la peine. Il faut rechercher si l'obligation à laquelle la partie a contrevenu est bien celle dont l'exécution est garantie par la clause pénale.

Généralement, la clause pénale est stipulée pour garantir soit l'inexécution d'une ou de plusieurs obligations dérivant d'un contrat, soit le retard dans l'exécution (art. 1229 C. Civ. al. 1 pour le cas d'inexécution et al. 2 pour le retard).

(1) Demogue, T.VI, p.249, n° 229.

Inexécution et retard dans l'exécution, sont notions courantes, facilement perceptibles qu'il semble superflu de vouloir définir. Demolombe, qui distingue avec soin les dommages moratoires des dommages compensatoires (2) et qui développe l'intérêt de cette distinction (3), suppose les définitions acquises, puisqu'il les omet dans ses explications. Mais la jurisprudence moderne s'est vue obligée de préciser ces notions et d'en donner des définitions qui ne concordent pas toujours avec celles que l'on en donne communément. —

Il y a retard lorsque le délai fixé ou tacite pour l'exécution du contrat n'a pas été respecté, mais que l'exécution reste encore possible.

Il y a inexécution si l'exécution est devenue impossible (4) sans entendre par là impossibilité absolue, objective. Il suffit que les circonstances aient fait perdre au créancier l'espoir d'obtenir l'exécution (si par exemple l'objet à lui remettre reste longtemps égaré) (5), ou si, l'exécution demeurée possible, n'offre plus au créancier aucun intérêt, par exemple, quand le créancier qui commande un navire pour une date déterminée en vue d'une entreprise, voit cette entreprise échouer par suite du retard dans l'arrivée du navire. Dans ce cas, la mise du navire à la disposition du créancier après la date convenue, bien qu'étant un cas de retard est juridiquement assimilée à une inexécution.

C'est la convention des parties qui permet de décider si la Clause Pénale a été stipulée pour retard ou inexécution. Dans le doute, le juge recherchera le cas où les parties ont entendu que la clause pénale soit appliquée (6). Cette analyse peut conduire à faire juger stipulée pour

(2) Demolombe, T.24, p.559, n° 66.

(3) Ibid., p.560, n° 569 et suivants.

(4) Demogue, T.VI, p. 246, n° 225 in fine.

(5) Req. 28.1.1874. D.P. 1874.1.387.

(6) Demogue, T.VI, p. 501.

inexécution une clause pénale apparemment convenue au cas de simple retard (7).

La distinction entre retard et inexécution est donc une question de fait à trancher selon les circonstances. Pour guider les juges, des auteurs ont proposé un critérium fondé sur le montant de la clause (8).

La peine dont le quantum est voisin de la valeur de l'obligation principale est compensatoire, puisqu'elle est destinée à indemniser le créancier de la perte éprouvée et du gain manqué. Si la valeur de la clause est très inférieure au montant de l'obligation principale, elle pourra être considérée stipulée pour le retard qui est beaucoup moins préjudiciable pour le créancier puisqu'il demeure des chances d'exécution.

On peut aussi proposer le critérium suivant : l'indemnité pour retard est stipulée à raison d'une somme fixée par jour, par mois de retard, et quelquefois par fraction de temps plus grande, tandis que la peine due en cas d'inexécution est fixée sous la forme d'un capital à payer en une fois. Mais ce critérium n'est pas absolu, car on rencontre des pénalités pour inexécution d'un montant variable, proportionné à l'intérêt que le créancier aura pu retirer de l'exécution partielle du contrat.

Ainsi en est-il des clauses qui, dans les contrats de vente de récoltes futures de coton (9), fixent des dommages à une somme déterminée par cantar non livré et de celle qui, jointe à un contrat concédant à une partie le droit d'extraire les produits du sous-sol dans une propriété privée pour une période de dix ans, fixe pour le cas de cessa-

(7) C. d'Appel d'Alexandrie, 11 Juin 1908, B.XX, p.270. « Attention et non à raison du simple retard. »

(8) Laurent, T.17, p.455.

(9) Voir l'étude spéciale de ce contrat, II^e partie, Chap. Premier.

tion avant terme du contrat des dommages calculés en proportion du nombre d'années restant à courir (10).

La clause pénale peut, à la fois, viser le retard et l'inexécution ou l'un des deux cas seulement. La clause ne sera appliquée qu'à la circonstance pour laquelle elle a été prévue. Etant dérogatoire au droit commun qui consacre le principe des dommages-intérêts judiciaires, elle sera d'application stricte (11).

a) La clause pénale stipulée pour le retard est inapplicable en cas d'inexécution.

La Société qui s'est engagée sous une clause pénale fixée par jour de retard à livrer un camion ne saurait être passible du montant de cette clause, malgré une mise en demeure, si par la suite le contrat est résilié (12). Le créancier n'aura droit qu'à des dommages-intérêts pour résiliation calculée selon le droit commun.

Un industriel qui confie à un entrepreneur la construction d'une usine avec clause pénale en cas de retard, ne peut demander l'application de cette clause pour se dédommager du chômage de l'usine, provoqué par la reconstruction de maçonneries défectueuses (13), car, mal construire est un cas d'inexécution et non pas de retard.

Pour la même raison, le propriétaire qui s'engage à élever sur un terrain, un immeuble au profit du locataire de ce terrain, sous une clause pénale fixée par mois de retard, n'est pas tenu au paiement de cette indemnité si, jusqu'à l'expiration du bail, les constructions n'ont pas été élevées, la convention étant muette sur le cas d'inexécution (14).

La pénalité de retard à charge d'un entrepreneur qui

(10) Req. 18.4.1877, D.P. 1877.1.395.

(11) Planiol, Ripert et Esmein, Droit Civil, T.VII, p.175, n° 868, Laurent, T.17, n° 447 passim, Demogue, T.VI, p.490, n° 455.

(12) Cass. Civ. 29.6.1925, D.H. 1925, p.594.

(13) Req. 13.7.1899, D.P. 1899.1.524.

(14) Paris, 24.3.1877, D.P. 1878.2.187.

ne consignerait pas à temps des travaux de construction n'est pas due si l'entreprise est par la suite abandonnée (15). Il n'est dû, en ce cas, que des dommages-intérêts compensatoires, à fixer par le juge. La même solution s'applique si le retard dans la consignation provient, non d'un retard dans l'achèvement de la construction, mais d'un éboulement dans le travail. Il y aura ici, non pas retard dans l'achèvement, mais inexécution dans l'obligation de livrer la construction, conformément aux clauses et conditions du cahier des charges (16).

Le propriétaire d'un navire, tenu sous une clause pénale de retard à mettre son navire à la disposition d'un exportateur, ne sera plus lié par la clause pénale, si par suite du retard, le créancier demande la résiliation de la Charte Partie (17).

Un locataire stipule contre son bailleur une clause pénale par jour de retard dans la consignation des lieux loués. N'ayant pu prendre consignation, par le fait de son bailleur, il l'assigne en résiliation et demande des dommages-intérêts sur la base de 5 francs par jour pendant toute la durée du bail (9 ans) ; à bon droit, cette demande exorbitante a été remplacée par l'allocation de dommages-intérêts judiciaires arbitrés par le juge (18).

Cette jurisprudence repose sur une base juridique exacte.

On ne peut appliquer la convention qu'aux éventualités qu'elle prévoit. Appliquer au cas d'inexécution la clause pénale prévue pour le retard, c'est aller au delà du contrat en imposant aux parties une loi qu'elles ne se sont pas donnée.

Des considérations d'équité conduisent à la même solution.

Si le créancier pouvait, en cas d'inexécution, réclamer

(15) Trib. Comm. Caire, 22.6.1912, Gaz. XIV, 2.192.

(16) C. d'App. Mixte d'Alex. 5.3.1908, B.XX, p.110.

(17) Req. 8.7.1873, D.P. 1874.1.56.

(18) Civ. 27.6.1859, D.P. 1895.1.259.

la clause pénale prévue par jour ou par mois de retard, il dépendrait de lui de laisser grossir indéfiniment le montant à réclamer en laissant s'écouler un intervalle de temps considérable entre la mise en demeure et l'assignation en exécution ou en résiliation.

La clause stipulée en cas de retard dans la livraison d'immeubles vendus ne peut être réclamée, si, au lieu de poursuivre l'exécution, l'acheteur opte pour la résiliation. Sans quoi, pour grossir les dommages, le vendeur n'aurait qu'à retarder à volonté l'introduction de l'instance.

La jurisprudence rappelle le principe en ces termes :

« Inutile de rappeler ici la jurisprudence qui s'est affirmée dans le sens que la disposition de l'art. 181 C. Civ. relative à la clause pénale n'est pas applicable dans le cas où le montant de l'indemnité, stipulée à tant par jour est laissée à tous les hasards et dépend entièrement des caprices intéressés de la partie qui l'a stipulée (19). »

Un arrêt récent (10 janvier 1935 B. 47 p. 100) fournit un exemple plus typique encore :

R. confie à F. l'entreprise de travaux à consigner le 25 octobre 1928. Trois livres égyptiennes de pénalité par jour de retard. La consignation est prorogée d'accord des parties à fin mai 1929. F. étant encore en retard, R. réclame l'indemnité depuis le 1^{er} juin 1929 jusqu'à la date à laquelle il a vendu son immeuble (20 octobre 1930).

Des experts ont conclu que le retard provenait de la faute de R. :

« Attendu cependant qu'il ne résulte pas de là que l'appelant pouvait, au détriment de F., faire courir indéfiniment l'astreinte de 3 liv. Egypt. par jour de retard ; il eût pu agir en justice plus tôt et faire exécuter les travaux par un autre entrepreneur ; se trouvant dans l'impossibilité d'appliquer rigoureusement la clause pénale, c'est avec raison que les premiers juges ont éva-

(19) C. d'App. Mixte d'Alex. 7.5.1918. Bull. de Législ. et de Jurisprudence, 30, p. 409.

« lué ex æquo et bono à raison de 500 livres égyptiennes,
« le préjudice occasionné à l'appelant ; cette somme est
« justifiée par le retard apporté à l'exploitation de l'im-
« meuble, par les procédures qui ont dû être intentées et
« les ennuis de toute espèce suscités à l'appelant. »

Ces dernières solutions peuvent d'ailleurs être rattachées au principe qui décharge le débiteur chaque fois que la contravention à l'obligation procède d'une faute du créancier, ou réduit sa responsabilité en cas de faute commune. Dans l'espèce précitée, la faute du créancier consiste dans son retard prolongé pour agir (20).

b) Réciproquement, la clause pénale prévue en cas d'inexécution ne saurait compenser le préjudice résultant du simple retard (21). L'indemnité prévue dans une charte-partie en cas d'inexécution d'un contrat de transport maritime ne peut être appliquée en cas d'arrivée tardive de la marchandise au port de destination (22).

Cette règle de l'application stricte de la clause doit être généralisée et étendue aux éventualités autres que le retard ou l'inexécution contre lesquelles les parties ont entendu se protéger par l'insertion d'une clause pénale.

Si des associés ont prévu une peine contre celui d'entre eux qui romprait le contrat, cette peine ne sera pas appliquée si l'associé intente une action en nullité ou en dissolution de la société (23). Cette demande, même reconnue mal fondée, ne peut être considérée comme une rupture, puisque l'associé débouté pourra continuer à faire partie de la société.

La clause pénale stipulée dans un acte d'échange pour refus d'exécution est inapplicable, si, l'échange étant exé-

(20) Voir Demogue, T.VI, p. 25.

(21) C. d'App. Mixte d'Alex., B.12, p.348.

(22) C. d'App. Mixte d'Alex., B. 5, p.231.

(23) Rouen, 28.7.1906, R. Tr. Dr. Civil 1907, p.115, n° 49.

cuté, l'une des parties a subi par la suite l'éviction de son lot (24).

La Cour d'Alexandrie a même jugé que la clause pénale prévue en cas de résiliation d'une vente immobilière, n'était pas encourue, si l'acheteur obtenait cette résiliation à la suite de la découverte d'un droit réel au profit d'un tiers ignoré du vendeur. Elle a considéré que la clause pénale visait le cas d'une résolution pour inexécution volontaire et qu'elle était inapplicable en cas de bonne foi du vendeur (25).

La spécialité s'applique aussi bien à l'objet du contrat qu'aux sujets entre lesquels il a été prévu. Un industriel engage un contremaître sans se faire présenter le livret attestant l'acquit de l'employé envers ses anciens patrons ; actionné par ceux-ci en dommages-intérêts, il prétend limiter sa responsabilité au montant d'une clause pénale par laquelle l'ouvrier avait réglé avec ses premiers employeurs la réparation des dommages qui seraient la conséquence de l'abandon de son travail sans congé régulier. La clause n'a pas été appliquée ; stipulée entre l'ouvrier et son premier patron, elle ne pouvait être invoquée par le nouvel employeur (26). Cette solution procède de la règle *res inter alios acta* (art. 1165 C. Civ.).

Concluons donc sur ce point que la clause pénale ne peut s'appliquer qu'aux violations des seuls droits qu'elle sanctionne. Pour les dommages non prévus, le droit commun reprendra son empire. On a parfois contesté la possibilité d'obtenir des dommages et intérêts pour des préjudices non prévus lorsque les parties avaient inséré une clause pénale. Si les parties ont prévu la réparation de certains dommages « a contrario » elles ont entendu exclure la réparation des dommages non prévus. Mais l'argument « a contrario » est en l'espèce sans valeur puisqu'il aboutit

(24) C. d'App. Mixte d'Alex., 21.4.1904, B. 15, p. 210.

(25) C. d'App. Mixte d'Alex., 10.6.1899, B. 11, p. 264.

(26) Douai, 31.12.1873, D.P. 1874.2.114.

à une solution contraire au droit commun : faire présumer une renonciation des parties à obtenir des dommages pour les préjudices non prévus, alors qu'en règle générale les renonciations ne se présument pas (27). Le juge pourra donc être valablement saisi d'une demande de réparation concernant ces dommages. La jurisprudence est en ce sens (28). Si la clause pénale est prévue pour le retard elle alloue des dommages-intérêts judiciaires en cas d'inexécution et réciproquement.

La clause pénale ne s'applique que si l'événement prévu est réellement arrivé. Les circonstances qui seraient de nature à rendre sa réalisation probable ne suffisent pas pour la faire encourir. Ainsi, un employé engagé pour une période de quinze ans ne peut à la mort de l'employeur réclamer le dédit de rupture stipulé au contrat sous prétexte que des difficultés entre héritiers ont nécessité la nomination d'un séquestre par voie de référé (29).

L'arrivée de l'événement pour laquelle on avait prévu à l'origine une clause pénale pourrait ne pas entraîner l'application de cette clause, si, en cours d'exécution, les conditions du contrat ont été modifiées.

Lorsqu'un contrat de prêt à intérêts réduits stipule qu'en cas de non-paiement d'une annuité à son échéance, le capital deviendra exigible et produira intérêts au taux maximum, le créancier ne peut user de cette clause si, après la sommation faite pour la forme, il est demeuré longtemps sans poursuivre. Les intérêts ne lui sont dus qu'au taux primitif (30). La jurisprudence a déduit de son

(27) Voir Laurent, T.17, p.447, n° 450. Demogue, T.VI, p.490, n° 455.

(28) V. C. d'Appel d'Alexandrie, 23 Mars 1916, B.28, p.215. — V. aussi C. d'Et. 11.2.187, D.P. 1876.3.104.

(29) Req. 16 Juin 1925, D.P. 1926.1.116.

(30) C. d'App. Mixte d'Alex. 22.11.1932, B.XLV, p.34. R. Tr. Dr. Civil, 1933, p.263.

inaction à poursuivre une renonciation à profiter de la majoration des intérêts.

Cette solution ne manque pas de rigueur ; elle suppose chez le créancier une renonciation à un droit dont il n'a pas clairement manifesté l'abandon. Aussi, la jurisprudence se montre-t-elle assez réservée ; il a été jugé en sens contraire que le fait par le créancier de ne pas user rigoureusement, par tolérance, de la clause de déchéance en cas de non-paiement exact des termes d'un prêt, ne saurait constituer aucune renonciation à cette clause de déchéance (31).

L'affrêteur d'un navire obligé de restituer ce navire à ses propriétaires sous une clause pénale fixée par jour de retard, ne peut se voir appliquer la clause pénale si, avant la date prévue pour la consignation, les propriétaires l'ont autorisé à conserver le navire au delà des termes convenus, sous la seule obligation de payer un fret supplémentaire (32).

L'influence sur la clause pénale des modifications apportées en cours d'exécution au contrat primitif apparaît clairement dans les contrats d'assurance. L'assureur qui stipule qu'en cas de non-paiement d'une prime dans le délai fixé pourra résilier la police ou la maintenir, demeure lié par le contrat si, en fait, il a accordé pendant de longues années des délais supplémentaires à l'assuré pour acquitter ses engagements. L'acceptation répétée par la Compagnie du paiement tardif des primes ne lui permet plus de réclamer les peines prévues. Il y a exécution du contrat (33).

Les entrepreneurs de travaux publics ou privés invoquent souvent des modifications au contrat primitif pour s'exonérer des clauses pénales stipulées à leur charge en cas de retard ; si le maître de l'ouvrage a commandé des

(31) C. d'App. Mixte d'Alex. 6.4.1911, B.XXIII, p.251.

(32) Req. 11.12.1888, D.P. 1889.1.340.

(33) 27.6.1855, D.P. 1856.1.318.

travaux supplémentaires, la clause pénale en cas de retard dans la consignation des travaux prévus à l'origine devient inapplicable (34) ; les travaux supplémentaires rendant impossible le respect du terme prévu pour la consignation des seuls travaux prévus tout d'abord. Les parties ne sont liées par la clause que si les conditions du contrat sont demeurées les mêmes :

« Si, dit un arrêt de la Ch. des Req. (35), la clause pénale stipulée pour simple retard ne peut être modifiée par le juge, elle cesse d'être applicable lorsque les conditions en vue desquelles elle a été souscrite ont été rem- placées par d'autres auxquelles le débiteur de l'obligation principale n'avait pas entendu se soumettre. »

C'est au débiteur responsable du montant de la clause qu'il incombe de fournir la preuve des modifications apportées au contrat primitif (36).

La jurisprudence ci-dessus attache aux modifications apportées au contrat d'entreprise, par l'adjonction de travaux supplémentaires ou autrement, un effet extinctif de la clause pénale. Les retards nouveaux seront réparés selon le droit commun (37). Il a été jugé cependant, à l'étranger (38), que les travaux supplémentaires avaient pour effet de retarder jusqu'à la fin de la période prévue pour ces travaux supplémentaires, la mise en vigueur de la clause pénale.

La solution de la jurisprudence française paraît plus

(34) C. d'App. Mixte d'Alex., 5.12.1934, B.47, p.49 ; id. 23.4.1930, B.42, p.441, dans le même sens : C. d'Et. 10.4.1867, p.2867. Tab. col. 444, n° 15. Req. 27.2.1888, D.P. 1889.1.31.

(35) Req. 20.1.1879, D.P. 1880.1.122.

(36) C. d'App. Mixte d'Alex., 5.12.1934, B.47, p.49 ; C. d'App. Mixte d'Alex., 23.4.1930, B.42, p.441 ; dans le même sens C. d'Et. 10.4.1867, p.2867, table colonne 444, n° 15. Req. 27.2.1888, D.P. 1889.1.31.

(37) Rappelons que ce retour au droit commun est la règle lorsque la clause pénale est supprimée et le contrat principal maintenu. Civ. 27.5.1918, D.P. 1922.1.34.

(38) Cour Supérieure de Québec, 24.12.1932, R. Tr. Dr. Civ., 1933, p. 1337.

conforme à l'intention des parties. La clause pénale pour retard, conséquence de la non-livraison des travaux au terme fixé, ne saurait survivre à l'annulation de ce terme par « mutuus dissensus ». L'accessoire suit le sort du principal. D'autre part, le montant de cette clause pénale débattu selon les circonstances de la première convention, peut ne pas s'adapter automatiquement à l'économie de la nouvelle entreprise.

La jurisprudence a décidé que le créancier n'avait pas le droit de se prévaloir d'une clause pénale si, sans y avoir renoncé expressément, sa conduite durant plusieurs années impliquait une attitude non équivoque de renonciation. Un commerçant qui cède une entreprise de transports en se réservant l'exclusivité du transport de l'argent sous une clause pénale en cas de contravention de la part du cessionnaire, est déchu du bénéfice de cette clause s'il a laissé le cessionnaire faire le transport des espèces à son su et vu durant cinq ans (39).

Mais l'on ne saurait considérer comme une renonciation de la part du créancier à une clause pénale pour retard dans la consignation de biens loués, s'il accepte la consignation tardive, alors surtout que l'acceptation a été faite sous réserve (40).

La clause pénale reste en vigueur si le contrat a été renouvelé par tacite reconduction (41).

La clause pénale pour retard dans la consignation des lieux loués à l'expiration du bail n'est pas effacée, ni même suspendue par l'effet d'une action en interprétation du contrat en cours au moment de l'expiration (42). Cette circonstance ne modifie pas la convention surtout quand le locataire en a été débouté.

(39) Req. 11.11.1856, D.P. 1857.1.61.

(40) C. d'App. Mixte d'Alex. 20.5.1930, Gaz.XX, p.253, 247.

(41) Bordeaux 19.6.1905, D.P. 1906.5.29.

(42) Trib. Civ. Mixte Caire, 11.4.1922, Gaz.XII, n° 213, p. 119.

2. — *Faute du débiteur.*

Pour entraîner l'application de la peine, la violation du contrat dont on a parlé doit provenir d'une faute du débiteur.

En cette matière, la faute du débiteur est présumée. C'est à lui qu'il incombera, pour s'exonérer, d'établir le cas fortuit ou la force majeure, la faute d'un tiers ou du créancier. C'est l'application des principes qui régissent la responsabilité contractuelle. Ces excuses sont les seules admises, hors de ces cas toute violation du contrat est considérée fautive.

Un employeur obligé de garder à son service un ouvrier pendant un temps déterminé sous une clause pénale, encourt l'application de la clause en cas de cession de son commerce à un tiers pendant la durée du contrat. Le fait que le cessionnaire ait consenti à garder l'ouvrier dans les mêmes conditions n'est pas exclusif de la responsabilité du premier embaucheur, la coopération personnelle d'un individu à une entreprise quelconque ne pouvant être transmise sans son consentement comme la propriété d'une chose (43).

La clause pénale stipulée en cas de non-livraison d'une marchandise est encourue malgré l'invitation faite à l'acheteur par le vendeur de se remplacer. Le remplacement, non accepté par l'acheteur, ne peut supprimer la défaillance du vendeur (44).

Mais il n'y a pas faute si la conduite d'une partie, contraire à la lettre du contrat, le respecte néanmoins dans son esprit. Les juges pourront décider en ce cas, par une interprétation souveraine qu'il n'y a pas faute et que la peine n'est pas encourue.

(43) Lyon, 8.1.1848, D.P. 1848.2.175. En l'espèce la clause pénale a été réduite parce qu'il y avait eu exécution partielle.

(44) C. d'App. d'Alex., 7.4.1927, B.XXXIX, p.374.

Des parents constituent par portions égales une dot à leurs enfants en stipulant qu'elle serait entièrement imputable sur la succession du prémourant si les enfants poursuivaient contre le survivant le partage de cette succession. A la mort du père, les enfants vendent à la mère leurs droits à la succession paternelle. Bien qu'ayant fait cesser l'indivision, cet acte n'a pas entraîné l'application de la clause pénale, car loin de constituer un obstacle aux droits de la mère survivante, il lui a conféré la propriété entière des biens dont elle n'avait jusque-là que l'usufruit (45).

Certaines clauses pénales présentent un caractère particulièrement rigoureux pour le débiteur. Elles sont stipulées pour garantir le besoin de sécurité du créancier dans ses entreprises plutôt qu'en proportion du préjudice que lui causerait la faute du débiteur ; elles ressemblent plus à des amendes répressives qu'à des dommages-intérêts de nature réparatrice. Pour l'application de ces clauses, la jurisprudence exige plus que la violation matérielle du contrat ; elle recherche l'intention du débiteur et ne le punit que s'il est de mauvaise foi. L'erreur de bonne foi de la partie n'entraîne pas contre elle l'application de la peine.

Si deux sociétés concurrentes instituées pour l'arrimage des navires transitant le canal de Suez se partagent entre elles les compagnies de navigation dont elles assumeront respectivement l'arrimage, sous une forte amende (en l'espèce 1.000 livres anglaises) la clause pénale n'est encourue que s'il y a mauvaise foi constatée. La simple erreur de la compagnie due à la consignation à ses agents d'un navire qui ne comptait pas parmi ceux qu'elle pouvait arrimer, n'entraîne pas contre elle l'application de l'amende (46).

Un impresario qui a promis sous une clause pénale à un confrère d'une autre ville de lui indiquer tous les en-

(45) Req. 20.7.1852, D.P. 1853.5.547, 548, 549.

(46) C. d'App. d'Alex. 6.5.1908, B.XX, p.208.

gagements qu'il conclurait avec les compagnies théâtrales, n'est pas passible de l'amende s'il omet de donner cet avis pour un concert isolé par une troupe de deux personnes seulement (47).

Si un contrat d'engagement d'artiste prévoit une clause pénale élevée pour toute infraction de l'artiste, la clause est inapplicable s'il s'agit d'une infraction légère, comme l'absence à une répétition (48).

La jurisprudence du Conseil d'Etat a admis l'application du même principe dans les contrats d'entreprises des travaux publics ; un entrepreneur qui s'engage à ne faire travailler ses ouvriers qu'un certain nombre d'heures par jour à peine de résiliation à ses risques et périls en cas de contravention constatée par le chef du génie, échappe à l'application de cette clause si, ayant excédé le nombre d'heures réglementaires il s'empresse de rétablir, dès la première injonction, l'organisation du travail prévue au contrat (49).

Certaines polices d'assurance prévoient une clause pénale contre l'assuré consistant dans le remboursement des dépenses faites par la compagnie à chaque accident ou dans le payement d'une prime double si celui-ci, pour réduire ses propres obligations a fourni à l'assureur des explications fausses ou incomplètes (quant au nombre d'ouvriers engagés). Ces clauses, en raison de leur caractère pénal, ne peuvent être appliquées que restrictivement. « Il est essentiel qu'il y ait un acte frauduleux commis (50). »

Ces décisions sont généralement bien accueillies ; elles flattent notre goût de l'équité ; une disproportion trop forte entre la faute commise et la peine infligée répugne au sens commun de la justice. La tendance à généraliser ces so-

(47) Trib. Comm. d'Alex. 29.5.1911, Gaz. I, p.129.

(48) Demogue, T.VI, p.501 et la note 1.

(49) Cons. d'Etat, 18.12.1912, D.P. 1917.3.7.

(50) Grenoble, 10.2.1936, D.H. 1936, p.227.

lutions semble toutefois dangereuse. Acceptable quand elle procède de l'intention des parties qui n'auraient cherché par la stipulation d'une forte amende qu'à réprimer le dol plutôt qu'à réparer un dommage, l'exclusion de la clause pénale ne se justifie plus si elle procède simplement d'un esprit de clémence envers le débiteur.

C'est ainsi que la Cour de Paris a rendu presque le même jour (12 février 1936 — D.H. 1936, p. 212) sur des faits semblables, un arrêt contraire à celui précité de la Cour de Grenoble (10 février 1936 — D.H. 1936, p. 227) mettant à charge de l'assuré réticent les risques survenus et l'obligation de payer les primes afférentes aux salaires non déclarés « indépendamment de toute question de bonne ou de mauvaise foi ».

A bon droit, la Chambre Civile a cassé un arrêt de la Cour d'Agen (30 décembre 1858) qui avait réduit le montant de la clause pénale prévue en cas d'inexécution ou d'exécution incomplète d'un traité relatif à la livraison de traverses de bois, sous prétexte que, mis en demeure, le débiteur avait fait plusieurs tentatives d'exécution et avait en partie exécuté, quoiqu'en de très faibles proportions (51).

La jurisprudence mixte, au contraire, généralement plus favorable au débiteur, a décidé qu'un vendeur n'était pas tenu envers son co-contractant de la clause pénale prévue en cas de non-présentation des titres de propriété dans les délais impartis pour passer l'acte définitif, en l'absence de toute mauvaise foi de sa part (52). Solution contestable. En l'espèce, la clause pénale n'a pas le caractère d'une amende ; elle paraît plutôt stipulée pour dédommager l'acheteur du préjudice qu'il subit de la non-conclusion de la vente.

L'inapplicabilité de la clause pénale, quand elle a lieu pour absence de mauvaise foi, ne doit pas exclure le droit pour le créancier d'obtenir des dommages selon le droit

(51) Civ. 4.6.1860, D.P. 1860.1.257.

(52) C. d'App. d'Alex. 5.1.1935, B.47.92.

commun pour les infractions légères du débiteur, à la mesure du préjudice subi.

Faute du créancier ou d'un tiers.

« Quelqu'absolus que soient les termes d'une clause pénale le débiteur ne saurait encourir la peine si l'inexécution ou le retard provient du fait du créancier (53). »

Les termes énergiques de cette décision reposent sur le principe inattaquable qu'on ne peut s'enrichir au moyen de ses fautes.

Dans les conventions synallagmatiques, le créancier est tenu d'obligations corrélatives à celles du débiteur. Dans d'autres cas, les conventions précisent la coopération que le créancier est tenu d'apporter à l'exécution. Les parties pourraient convenir, par exemple, que le créancier est obligé de fournir les matières que le débiteur s'est engagé d'acheter.

Enfin, le créancier est, en principe, tenu d'accomplir certains actes sans lesquels l'exécution deviendrait inutilement plus onéreuse (par exemple, donner des instructions au débiteur) (54). Cette obligation du créancier résulte implicitement de toute convention ; il est au contraire à la bonne foi, que l'obligation soit rendue plus difficile à exécuter par le fait de l'autre partie.

Lorsque le débiteur établit que le créancier est en faute pour avoir manqué à ses propres obligations, il est lui-même libéré de ses engagements dans la mesure où cette faute a rendu l'exécution impossible.

Appliqué à la clause pénale, ce principe entraîne la non-application de la clause lorsque l'événement qui la rend exigible est arrivé par la faute du créancier.

Un assuré qui s'engage à ne renouveler ses polices que par l'intermédiaire d'un agent d'affaires moyennant une clause pénale, est dégagé de la clause si la mauvaise vo-

(53) Bruxelles, 23.6.1902, Pas. 1903.2.171.

(54) Demogue, T.VI, p.19, n° 13.

lonté de cet agent l'oblige à entrer en relation directe avec les compagnies (55).

Un patron n'est pas tenu au paiement de la clause pénale à un ouvrier qu'il renvoie avant le terme prévu, si ce renvoi est motivé par un manque de confiance légitime à l'égard de l'employé (56).

Une société qui s'est engagée à fournir à une autre société d'alimentation des timbres et primes et qui obtient de cette dernière, à peine d'une amende, la promesse qu'elle ne traitera avec aucune autre société concurrente, ne saurait réclamer le montant de la clause si elle a, elle-même, en fournissant des timbres d'une valeur inférieure à celle convenue, rendu légitime la dénonciation du contrat (57).

Un banquier ouvre un compte-courant à un client qui s'engage à lui fournir du coton avec stipulation d'une clause pénale par unité de poids non fournie. Avant l'expiration du compte et l'épuisement du crédit, le créancier refuse toute nouvelle avance au crédit qui suspend la fourniture du coton. La Cour d'Appel d'Alexandrie (58) déboute le créancier de sa prétention à la clause pénale. L'arrêt du crédit a mis le fournisseur dans l'impossibilité d'acheter du coton pour le livrer au demandeur, car il y avait une corrélation évidente entre l'engagement de fournir la marchandise et l'engagement du banquier de tenir à la disposition de son client les sommes nécessaires dans les limites du crédit ouvert.

La clause pénale n'est pas encourue à charge d'un acheteur qui ne prend pas livraison des marchandises achetées, si le vendeur n'est prêt pour livrer à la date prévue

(55) Civ. 17.1.1906, D.P. 1906.1.262.

(56) Paris, 15.6.1893, D.P. 1893.2.472. En l'espèce, l'employé s'était entendu avec les fournisseurs de son patron pour majorer les prix des fournitures et se faire allouer une commission sur ces majorations.

(57) Nancy, 9.7.1907, D.P. 1907.2.360.

(58) C. d'App. d'Alex. 7.6.1923, B.35, p.498.

qu'une partie des marchandises promises et si, d'autre part, la qualité de cette marchandise est inférieure à celle prévue au contrat (59).

La jurisprudence se montre d'autant plus sévère dans l'appréciation de la conduite du créancier que le montant du forfait est onéreux. La Cour d'Alexandrie a jugé qu'un fournisseur de glace à qui le prix de la quantité journalière à livrer était dû, que l'acheteur ait pris ou non consignation, ne pouvait se prévaloir d'une clause aussi rigoureuse qu'à la condition d'avoir scrupuleusement rempli son obligation (60).

La jurisprudence a également tendance à considérer en faute le créancier qui tarde à demander l'exécution surtout lorsqu'une clause pénale a été prévue pour le retard. Il ne dépendrait alors que du créancier de laisser grossir la peine en retardant à volonté la demande d'exécution. Si ces abus se produisent les tribunaux n'allouent pour le retard que des dommages-intérêts selon le droit commun (61). calculés pour une partie raisonnable de la période de retard.

Pour entraîner la libération du débiteur, la faute du créancier doit consister en une violation à une obligation au moins tacite née du contrat, et revêtir un certain degré de gravité. Le manquement à un devoir social ou mondain n'aurait aucun effet. Un artiste dramatique n'est pas affranchi du paiement du dédit stipulé en cas de rupture de son engagement, s'il arrête les représentations à la suite d'une observation blessante du régisseur (62).

Le débiteur est pareillement libéré si l'inexécution de son obligation provient du fait d'un tiers. Un compositeur de musique n'est pas responsable pour n'avoir pas livré la partition d'une opérette à l'époque convenue si le libret-

(59) C. d'App. d'Alex. 6.6.1921, B.33, p.375, Gaz.XI, 160.219.

(60) C. d'App. d'Alex. 13.1.1925, B.27, p.117.

(61) Voir arrêts précités C.A.M. 7 Mai 1918. B.XXX, p.409 et 10 Janvier 1935, B.XLVII, p. 100.

(62) Nîmes, 17.3.1890, D.P. 1891.2.52.

tiste ne lui a pas fourni en temps voulu le texte de la pièce (63). Il n'encourt pas dans ce cas l'application de la clause.

De la mise en demeure.

Cas d'application.

Le débiteur ne peut être responsable de l'inexécution que s'il est en retard par sa faute. Ce retard fautif, c'est la demeure (64). La mise en demeure, c'est l'acte par lequel le créancier signale au débiteur sa défaillance en lui manifestant son intention d'être payé. La demeure est donc une condition de fonds pour obtenir des dommages-intérêts, car on ne conçoit pas que la responsabilité du débiteur puisse se poser, s'il n'est pas légalement en retard d'exécuter son obligation (65).

Mettre en demeure est indispensable pour obtenir des dommages-intérêts judiciaires. La condition est imposée par l'art. 1146 du C. Civ. Français dont les dispositions sont reproduites par les articles 178 du C. Civ. Mixte et 120 du C. Civ. Indigène. Et l'art. 1230 du C. Civ. Français rappelle expressément l'application de cette règle quand il s'agit de dommages-intérêts conventionnels.

ART. 1230. — « Soit que l'obligation primitive contienne, soit qu'elle ne contienne pas un terme dans lequel elle doive être accomplie, la peine n'est encourue que lorsque celui qui s'est obligé soit à livrer, soit à prendre, soit à faire, est en demeure. »

Avec ces articles, les difficultés sur la nécessité ou non de la mise en demeure pour rendre exigible une clause pénale, disparaissent. Il faut, sauf exception, une mise en demeure.

Et la solution s'applique aussi bien s'il s'agit de clause

(63) Paris, 13.11.1888, D.P. 1890.2.238.

(64) Demogue, T.VI, p.250.

(65) Cpr. Demolombe, T.24, p.517, n° 514.

pénale moratoire que de clause pénale compensatoire ; toutefois, au moins en ce qui concerne la clause en cas de retard, cette règle du droit positif ne s'impose pas nécessairement en législation et l'on pourrait parfaitement concevoir que la mise en demeure soit imposée comme condition aux dommages-intérêts judiciaires et à la clause pénale compensatoire sans extension à la clause pénale moratoire.

Celle-ci suppose la fixation d'un terme pour l'exécution. Le créancier a donc fait savoir à l'avance son intention de recevoir la prestation promise à l'époque convenue et cette intention est renforcée par la stipulation d'une clause pénale pour retard, qui implique la présomption que le retard lui sera préjudiciable.

Il serait donc superflu d'imposer au créancier de manifester de nouveau sa volonté par une mise en demeure ; l'application de la pénalité sans cette condition préalable respecterait mieux l'intention des parties. Il n'est pas rare, même en pratique, de voir des créanciers déboutés de leur réclamation du montant d'une clause pénale moratoire pour défaut de mise en demeure ; ils croyaient, de bonne foi, que la fixation d'un terme avec une clause pénale par jour de retard ne laissait aucun doute sur leur volonté d'être payés et les dispensait automatiquement de réclamer à l'échéance convenue. Mais la loi actuelle, contraire en cela au Droit Romain qui admettait la règle « *Dies interpellat pro homine* » a pris davantage en considération l'intérêt du débiteur : elle présume que le créancier qui n'agit pas, accorde des délais à l'obligé, qu'il tolère son retard et qu'il n'éprouve, par suite, aucun préjudice de l'inexécution de l'obligation (66) au terme convenu ; mais elle est bien fragile cette présomption de défaut de préjudice quand une clause pénale a été stipulée, qui, dans l'intention des parties, est précisément destinée à réparer le préjudice que le retard causerait.

(66) Cpr. Demolombe, T.24, p.519, n° 515 in fine.

On a soutenu, en sens contraire, que c'est pour les dommages moratoires seuls que la clause pénale était exigée, mais qu'elle était inutile dans les dommages compensatoires.

Demolombe (67) pense que les dommages-intérêts compensatoires peuvent être dus sans la demeure. Lorsqu'il s'agit d'obtenir la réparation du fait même de l'inexécution « la mise en demeure, dit-il, n'est pas alors seulement inutile, elle ne se peut pas même concevoir et elle « n'aurait pas de raison d'être ». Conçue en termes aussi généraux, cette théorie ne paraît pas se concilier avec les textes de l'article 1146 du C. Civ. qui ne distinguent pas entre les différentes sortes de dommages quant à la nécessité de la mise en demeure.

Quoi qu'il en soit, en droit positif la question n'est pas douteuse. La mise en demeure est nécessaire pour rendre exigible la clause pénale compensatoire comme moratoire (68) et elle est soumise, quant à son application, à ses formes constitutives, et, aux cas de dispense, aux mêmes règles qui régissent la mise en demeure préalable à une demande en dommages-intérêts judiciaires.

Elle est exigée dans les obligations de donner et de faire : un acheteur d'une récolte future ne peut prétendre à une indemnité prévue en cas de non-livraison de la marchandise, s'il n'a pas mis le vendeur en demeure de livrer (69).

Et inversement, l'acheteur d'une récolte sur pied n'est pas tenu de l'indemnité fixée à tant par jour de retard dans la prise de consignation, pour toute la période comprise entre l'échéance et la mise en demeure (70).

(67) Demolombe, T.24, p. 560, n° 570.

(68) Demogue, T.VI, p. 268.

(69) C. d'App. d'Alex. 15.2.1900, B.12, p. 117 et aussi C. d'App. d'Alex. 29.3.1877, R.O. p.223.

(70) C. d'App. d'Alex. 11.6.1890, B.2, p.287. — Dans le même sens, C. d'App. d'Alex., B.X, p.257.

La jurisprudence du Conseil d'Etat est conforme, en cette matière, à celle de la Cour de Cassation. Elle est fréquemment rappelée à l'occasion des conflits entre les personnes morales de droit public et les entrepreneurs de travaux publics en retard dans la consignation ou responsables d'inexécution. Le Conseil d'Etat a toujours décidé qu'à défaut de mise en demeure régulière, la pénalité n'était pas encourue (71). Et, en cas de mise en demeure, l'indemnité de retard n'est due qu'à partir de la date de cette mise en demeure, conformément aux articles 1139, 1146 et 1230 du C. Civ. (72).

Dans le cas où la mise en demeure est imposée, elle doit être renouvelée lorsqu'à la suite d'un retard suivi de mise en demeure, les parties, par une modification de leur convention, ont prorogé l'échéance et prévu d'autres conséquences pour tout nouveau retard (73).

La mise en demeure n'est pas obligatoire dans les obligations de ne pas faire. En ce cas, les dommages-intérêts sont dus par le fait de la contravention à l'engagement. La jurisprudence a décidé qu'un tailleur, engagé dans une maison de nouveautés et obligé, sous une clause pénale, à ne pas exercer le même métier dans un rayon déterminé à l'expiration de son contrat, encourt la peine par la seule contravention à son engagement, sans pouvoir exciper du défaut de mise en demeure (74).

De même, le vendeur d'une maison qui, dans le contrat de vente se réserve le droit de l'habiter et s'engage à ne pas cesser pendant plus d'un mois l'exercice de ce droit à peine de s'en voir déchu, encourt cette sanction par le seul fait qu'il réalise la condition.

(71) C. d'Et. 4.8.1870, D.P. 1872.3.23.

(72) C. d'Et. 12.11.1880, D.P. 1881.5.380 et 19.4.1907, D.P. 1909.5.63, 5.3.1926, D.H. 1926, p. 239, 8.5.1888, D.P. 1889.3.80, 30.6.1899, D.P. 1900.3.104.

(73) C. d'Et. 8 Août 1896, D.P. 1897.3.10.

(74) C. d'App. d'Alex. 28.2.1934, B.46, p.195.

L'article 1146 in fine prévoit un autre cas où la mise en demeure est inutile, celui où la chose que le débiteur s'était obligé de donner ou de faire ne pouvait être donnée ou faite que dans un certain temps qu'il a laissé passer. Ce principe s'applique en cas de clause pénale et les motifs qui l'imposent en droit Français sont valables pour décider son extension au droit Egyptien.

La jurisprudence a étendu le champ d'application de cet article au cas où l'exécution est devenue impossible par la faute du débiteur. La mise en demeure édictée par l'article 1230 C. Civ., qui implique l'exécution encore possible de la convention, est sans application au cas où le créancier se plaint, non du retard dans l'exécution, mais de l'impossibilité de cette exécution (75). Et cette solution est imposée en droit mixte par l'art. 241 du C. Civ. : « si l'exécution « est devenue impossible par la faute du débiteur, ou si « l'impossibilité est survenue depuis qu'il est en demeure « d'exécuter, il est tenu à des dommages-intérêts ». On en déduit que l'inexécution rendue impossible par la faute du débiteur fait courir les dommages-intérêts sans mise en demeure.

Cette solution est étendue au cas où le débiteur refuse d'exécuter, bien que l'exécution soit encore possible.

Dispenses de mise en demeure. — La convention peut dispenser de la mise en demeure, et comme il s'agit d'une aggravation de la condition du débiteur, l'intention des parties doit être clairement manifestée. Il a été jugé qu'adopter dans un contrat la clause pénale figurant dans le règlement d'une société en se référant à ce règlement, n'impliquait pas dispense de mise en demeure, bien que ce règlement auquel les parties se référaient, contînt cette dispense (76). Cette dérogation au

(75) D. 1874.1.387.

(76) 13.1.1909. C. d'App. d'Alex., B.XXI, p.119.

droit commun n'est admise qu'au cas de stipulation expresse dans l'acte même qui contient la clause pénale (77).

Formes de la mise en demeure. — Au point de vue de sa forme, la mise en demeure exigée en matière de clause pénale ne présente aucune particularité. On applique le droit commun (art. 1139).

L'acte qui la contient doit énoncer en termes non équivoques la volonté du créancier d'obtenir la satisfaction qui lui a été promise ; si le créancier se borne à prendre acte de la non-exécution sans faire sommation d'exécuter, il ne met pas le débiteur en demeure (78). L'acte doit, en outre, parvenir à la connaissance du débiteur ou de son représentant. La Cour de Paris a jugé suffisante pour valoir mise en demeure, la protestation contre l'inexécution d'un contrat devant un Consul Français à l'étranger lorsque cette protestation avait été notifiée au mandataire du débiteur par les soins du Consulat (79). En revanche, le récépissé d'une lettre de protestation adressée à un débiteur, signé par son mandataire, n'est pas suffisant pour constituer la demeure, s'il ne contient aucune mention de l'objet de la lettre (80).

Effets de la mise en demeure. — La mise en demeure, quand elle est requise, rend exigible la clause pénale. La pénalité stipulée par jour de retard n'est due qu'à partir de la date de la mise en demeure, l'inaction du créancier lais-

(77) Cette solution est bien rigoureuse ; elle paraît entachée d'un formalisme inexplicable juridiquement. Le vrai motif de la solution adoptée, est l'énormité du montant qu'avait atteint la clause pénale stipulée par jour de retard, à l'encontre de dépositaires de coton négligents dans le retrait de leurs marchandises. Une fois de plus, la Cour aura jugé en équité.

(78) Toulouse, 2.1.1872, mentionné dans l'arrêt des Requêtes au D.P. 1873.1.214.

(79) Req. 2.12.1879, D.P. 1880.1.266.

(80) C. d'Et. 14.7.1876, D.P. 1877, col. 446, n° 27.

sant présumer que le retard ne lui était pas préjudiciable (81). On a parfois soutenu le contraire.

Larombière a enseigné que la mise en demeure rendait exigible des dommages-intérêts à raison du préjudice souffert avant sa date. Ainsi un acheteur qui aurait mis son vendeur en demeure de lui livrer la chose vendue six mois seulement après le terme convenu, aurait droit, selon lui, à des « dommages-intérêts tels qu'ils soient la réparation de tout le préjudice causé par le retard, à partir « du jour même où la délivrance devait être faite (82) ». La mise en demeure produirait ainsi effet rétroactif : d'après Larombière, la présomption d'absence de préjudice déduite de l'inaction du créancier tombe devant la manifestation d'une intention contraire ; la preuve est tirée des termes de l'art. 1146, qui emploie l'expression générale : « Les dommages et intérêts ne sont dus que lorsque le débiteur est en demeure. » Ces termes ne doivent pas s'entendre comme voulant dire que les dommages ne seraient dus qu'à partir de la réclamation. Lorsque le législateur entend ainsi limiter les droits des créanciers, il le déclare expressément comme dans l'article 1153 du C. Civ. où on lit que les intérêts ne sont dus que du jour de la demande (3).

Cette opinion n'a pas prévalu en jurisprudence, et en doctrine elle semble isolée. Demolombe, qui l'a critiquée, soutient qu'un tel raisonnement va à l'encontre de l'intention du législateur, qui ne présume le préjudice réalisé qu'au moment où se produit la mise en demeure (84). Il invoque également un argument tiré de l'équité, que l'effet rétroactif reconnu à la clause pénale constituerait une « sorte de piège » au débiteur en lui faisant supporter les

(81) C. d'Et. 5.3.1926, D.H. 1926, p. 239, et C. d'App. d'Alex. 11.6.1890, B.2, p. 287.

(82) Larombière, T.I, art. 1146, n° 3.

(83) Il s'agit de l'ancienne rédaction de l'art. 1153 ; la nouvelle rédaction porte « que du jour de la sommation de payer ».

(84) Dans le même sens : Demogue, T.VI, p.266, n° 239.

conséquences d'un retard qu'il avait jusque-là supposé sans préjudice pour le créancier ; et alors, il dépendrait de celui-ci de grossir le montant de la peine en laissant se prolonger le retard. Enfin, l'article 1153 ne pose pas une règle dont il faille déduire par argument « a contrario » la solution préconisée par Larombière. En disant que les intérêts ne « sont dus que du jour de la demande », le législateur a appliqué le principe général de l'exigibilité de dommages-intérêts à partir seulement de la mise en demeure ; il a simplement imposé comme forme de la demeure, la demande en justice au lieu d'une simple sommation, comme en droit commun (85).

La rétroactivité ou non des effets de la mise en demeure ne présente d'intérêt pratique que pour la réparation du retard. Si une clause pénale a été stipulée pour inexécution, la mise en demeure la rendra exigible en entier, si le débiteur persiste à ne pas exécuter. Dans ce cas, c'est la même inexécution qui a lieu avant comme après la mise en demeure (86). La peine sera donc appliquée pour le tout.

Le créancier déchu du bénéfice de la clause pénale pour défaut de mise en demeure peut-il réclamer des dommages-intérêts judiciaires dans les conditions du droit commun ? La réponse négative semble s'imposer. Qu'est-ce que la clause pénale, sinon des dommages-intérêts prévus par les parties ? C'est le droit lui-même aux dommages-intérêts qui s'éteint pour défaut de mise en demeure. Certains arrêts ont paru toutefois admettre le principe du recours au droit commun. Le Conseil d'Etat (87) a jugé que si la retenue par jour de retard à opérer sur le cautionnement versé par un entrepreneur de travaux publics à l'adminis-

(85) Ces doctrines ont été exposées avant la loi du 7.12.1900 qui a modifié l'art. 1153 du C.civ. et déclaré suffisante une sommation pour faire courir les intérêts.

(86) Dans le même sens : Demogue, T.VI, p. 267.

(87) C. d'Et. 19.4.1907, D. 1909.5.63.

tration ne peut s'appliquer faute de mise en demeure, celle-ci est recevable à demander une indemnité pour le préjudice qu'elle prouverait avoir subi à raison du retard. Cette solution n'est pas très juridique ; il ne saurait exister de retard fautif, générateur de responsabilité, tant que le créancier n'a pas mis en demeure, et aucune différence n'existe à cet égard en droit positif entre dommages conventionnels et dommages judiciaires.

Un jugement du Tribunal de Commerce de la Seine (27.6.1876) (88) paraît admettre la même solution en arbitrant au profit d'une partie, des dommages-intérêts en remplacement d'une clause pénale inapplicable, pour défaut de mise en demeure. En réalité, il y avait eu mise en demeure jugée par le Tribunal suffisante pour entraîner la résiliation, mais insuffisante pour faire courir la clause pénale parce qu'elle ne contenait pas une injonction à l'autre partie d'exécuter le contrat. C'est ainsi que le Tribunal avait alloué des dommages-intérêts pour résolution (article 1184). La Cour de Paris, réformant ce jugement de première instance, a appliqué la clause pénale en considérant suffisante la mise en demeure signifiée (88).

De la force majeure.

Lorsque l'inexécution du contrat ou le retard dans l'exécution proviennent d'un cas de force majeure, le débiteur n'est pas tenu de la clause pénale. C'est l'application du droit commun des dommages-intérêts, auquel il convient de se référer pour déterminer les cas de force majeure et ses effets variables, selon que le débiteur était ou non en demeure. La demeure fait passer sur le débiteur les effets de la force majeure (art. 1302, al. 1) ; il supportera la peine pour inexécution ; il n'en est autrement que s'il prouve que la chose fut également périe chez le créancier si elle lui eût été livrée (art. 1302, § 2).

(88) Rapporté sous Req. 2.12.1879, D.P. 1880.1.266.

La jurisprudence a admis qu'une clause pénale régulièrement encourue pour retard, c'est-à-dire après une mise en demeure, ou en cas de dispense de mise en demeure, est suspendue si, à un moment donné, il se produit un cas de force majeure (89). Il paraît plutôt, d'après les circonstances de cette espèce, que le débiteur en demeure ait été exonéré des conséquences du retard à partir du moment où le créancier aurait pu prendre consignation des travaux (90). C'est la faute du créancier plutôt que de la force majeure qui a libéré le débiteur. L'exonération pour ce dernier motif est plus acceptable que pour survenance d'une force majeure, celle-ci devant rester, en principe, inefficace après la mise en demeure, sauf convention contraire.

Voici quelques exemples de jurisprudence où les tribunaux ont exonéré les débiteurs pour cas de force majeure, du paiement de la peine :

L'hostilité du public manifestée à l'occasion de représentations d'œuvres dramatiques de compositeurs ressortissant de pays ennemis de la France, justifiait le refus du chef d'orchestre de poursuivre les représentations, sans entraîner à son encontre l'application de la peine prévue pour ce cas (91).

Constitue un cas de force majeure la maladie du débiteur, alors surtout que l'obligation assumée par lui ne peut être accomplie par un tiers (composition d'une pièce de théâtre) (92).

La grève constitue un cas de force majeure lorsqu'elle n'a pas pour origine une faute grave de la part du patron, ou qu'ayant été déclenchée, elle n'a pu être arrêtée par lui (93).

De ces espèces se dégage l'idée que seuls les événe-

(89) Demogue, T.VI, p.511. Contra Laurent XVII, n° 439.

(90) Cass. Civ. 29.6.1853, D. 1854.1.288.

(91) Req. 3.12.1890, D.P. 1892.1.127.

(92) Paris, 7.1.1910, D.P. 1910.2.292.

(93) C. d'Et. 3.7.1912, D.P. 1916.3.3.

ments imprévisibles et rendant l'exécution impossible peuvent constituer cas de force majeure.

C'est pourquoi un accident de fabrication qui entraîne du retard dans la livraison d'une commande ne libère pas le débiteur de la clause pénale ; les conséquences des risques de la fabrication restent à la charge du fournisseur (94).

De même la faillite du débiteur ne le délie pas de la peine prévue pour le cas d'inexécution de son engagement (95), mais en ce cas, le créancier ne recevra qu'un dividende.

Du préjudice.

Le préjudice figure au nombre des conditions imposées par la loi pour obtenir des dommages-intérêts judiciaires.

En droit Français, l'art. 1147 du C. Civ. décide que « le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de « dommages-intérêts ». L'expression « s'il y a lieu » est interprétée comme « s'il y a préjudice » (96) ; d'autre part, l'art. 1149, en disant que « les dommages-intérêts dus au « créancier sont en général de la perte qu'il a faite... » implique l'existence d'une perte.

Dans la législation Egyptienne, la même condition se retrouve. L'art. 179 du C. Civ. Mixte et l'art. 121 du C. Civ. Indigène, dont les textes sont identiques, en fixant le mode de calcul des dommages-intérêts, indiquent que ces dommages « consistent dans le montant de la perte du créancier et du gain qu'il a manqué de faire, pourvu que le « préjudice éprouvé soit la conséquence immédiate et directe de l'inexécution ». Les mêmes termes qu'en droit Français sont employés : perte, préjudice.

(94) C. d'Et. 6.11.1912, D.P. 1916.3.37.

(95) Rouen, D.P. 1876.2.62.

(96) Demogue, T.VI, p. 283.

Cette condition est-elle exigée en cas de clause pénale?

Deux systèmes sont ici concevables.

On peut tout d'abord soutenir que, si le droit commun impose la preuve du préjudice, pour les dommages-intérêts judiciaires, c'est d'abord pour permettre au juge de s'assurer que l'inexécution a entraîné une perte (ce qui a lieu presque toujours) et surtout pour le mettre à même de proportionner à ce préjudice le montant des dommages à allouer ; or, ce pouvoir d'appréciation du dommage est enlevé au juge en droit Français et en droit Egyptien, lorsqu'une clause pénale a été stipulée ; il ne peut alors allouer à la partie une somme plus forte ni moindre. Le caractère forfaitaire de la peine rend ainsi inutile la preuve du préjudice.

Cette théorie a le mérite d'assurer en toute hypothèse l'exécution du contrat ; elle satisfait le besoin de sécurité du créancier. Imposer la preuve d'un préjudice, c'est lui rendre douteux un droit qu'il voulait certain ; on stipule des pénalités lorsqu'on prévoit que le préjudice sera, le cas échéant, difficile à établir dans sa réalisation et son quantum. La dispense de prouver la perte assure au contrat l'exécution la plus conforme à l'intention des parties au moment de sa conclusion.

Si, par la suite, des circonstances nouvelles enlèvent à l'inexécution ou au retard toute conséquence préjudiciable, pourquoi en faire profiter le débiteur et non le créancier, qui, en tous cas, aura souffert le préjudice moral du manquement, par le débiteur, à sa parole.

Les partisans de l'autre système opposent, à la sécurité du créancier, le risque, si le préjudice n'est pas discuté, de voir les dommages-intérêts alloués sans qu'il y ait perte à réparer. reconnaître à une personne des droits à des dommages-intérêts, alors qu'elle peut n'avoir pas subi de préjudice, c'est tolérer un enrichissement d'une partie au détriment de l'autre, au mépris de la justice commutative qui

impose l'observation d'une équivalence rigoureuse entre une prestation et sa contre-prestation, entre le *datum* et l'*acceptum*. L'une des manifestations propres à cette justice est l'obligation de réparer le dommage dans la mesure stricte du préjudice causé (97).

Cette théorie conduit non seulement à imposer la preuve d'un préjudice en cas de clause pénale, mais même à proportionner à l'importance de ce préjudice le montant forfaitaire convenu.

* * *

C'est le premier de ces principes qui a inspiré le législateur Français. Tel est l'avis en doctrine d'une majorité voisine de l'unanimité. On peut toutefois signaler l'opinion dissidente de Dalloz (98). L'auteur la fonde sur les termes de l'article 1229, qui définit la clause pénale : « la « compensation des dommages-intérêts que le créancier « souffre de l'inexécution de l'obligation principale ». Il en conclut qu'elle ne peut recevoir son « application quand le créancier n'a souffert aucun préjudice ». Mais la thèse contraire, qui prévaut en doctrine et en jurisprudence, exclut la nécessité du préjudice en cas de stipulation d'une clause pénale. En droit positif, l'argument principal de cette solution est tiré du caractère forfaitaire de la clause pénale qui, réagissant contre l'ancien droit, interdit au juge le droit de modifier le montant de la clause, quel que soit le dommage. Cette application automatique de la

(97) *Justitia commutativa est constans et perpetua voluntas personæ privatæ reddendi alteri privatæ jus suum strictum servata absolute æqualitate rei reddendæ ad rem acceptam*. Dominicus M. Prummer, *Manuale Theologiæ Moralis*. Tomum II, p.68. Friburgi 1937. Herdes & C^o (Éditeurs). Et à la page 182 du même ouvrage, n^o 203, on lit: « *Restitutio est actus proprius justitiæ commutativæ. Ad solam justitiam commutativam pertinet constituere strictam æqualitatem rei ad rem (inter datum et acceptum, inter damum et compensationem).* »

(98) *Recueil Alphabétique*. V. Obligations, n^o 1595.

clause pénale, quand l'événement pour lequel elle a été prévue se réalise, répond du reste à la conception du respect du contrat dans le Code Civil.

La jurisprudence applique ce principe avec constance. On peut dire que la Cour de Cassation n'a pas varié, sur ce point, depuis le Code Civil.

La Cour de Nîmes a décidé que le dédit prévu pour rupture d'un engagement dramatique devait, le cas échéant, recevoir application. Les Tribunaux n'ont pas la faculté de le réduire, même en l'absence d'un préjudice (99).

Le vendeur d'un fonds de commerce qui s'est engagé à ne pas exercer le même commerce dans un rayon déterminé, à peine d'une clause pénale, est tenu au payment de la clause, par le seul fait de la contravention, sans que l'autre partie soit tenue de justifier d'aucune perte (100).

La jurisprudence du Conseil d'Etat est conforme en cette matière à celle de la Cour de Cassation.

Une compagnie de scieries qui s'engage à fournir du bois à l'Etat, avec stipulation d'une clause pénale en cas d'inexécution, n'est pas recevable à exciper du défaut de préjudice pour obtenir sa décharge en cas d'inexécution. Les clauses pénales stipulées dans le contrat sont, à raison de leur caractère propre, applicables sans que la partie contractante qui en réclame le bénéfice ait à justifier de l'existence d'un préjudice (101).

Mais la règle n'est pas d'ordre public ; il est loisible aux parties de s'en écarter en stipulant que la clause pénale ne sera appliquée qu'en cas de dommage causé (102).

(99) Nîmes, 17.3.1890, D.P. 1891.2.52.

(100) 7.6.1905, D.P. 1905.2.447 et Req. 26.6.1923, R. Dt Civil 1924, p. 114.

(101) C. d'Etat 9.3.1928, D.P. 1928.3.13.

(102) Cour de Lyon 16.6.1832. Rép. de Jurisprudence Dalloz, T.33, p. 209.

*
**

Bien qu'ayant à appliquer des textes de loi inspirés du Code Civil Français, la jurisprudence Egyptienne adopte, en ce qui concerne le préjudice, comme condition d'application de la clause pénale, une solution contraire à celle qui vient d'être exposée. Elle en exige la preuve.

Au lieu de répondre au besoin de sécurité du créancier, la jurisprudence Egyptienne a préféré sacrifier aux idées de justice commutative. Tant pis si les prévisions des parties, du créancier en particulier, ne se réalisent pas à la lettre. Mieux vaut ce mal que de condamner un débiteur à réparer une perte inexistante, en enrichissant ainsi le créancier. C'est en ce sens qu'il faut entendre, je crois, l'expression « d'enrichissement sans cause », qui revient constamment dans les arrêts. Il ne s'agit pas ici de « cause » au sens de « source du droit ». Ainsi entendue, la cause existerait, puisque l'obligation de payer la peine est dans la promesse faite par le débiteur (103). « Cause » indique ici la contre-partie économique de la peine.

Restait à lever l'objection que dresse contre ce système le caractère forfaitaire de la clause pénale consacré par l'art. 181 du C. Civ. M., ainsi conçu : « Lorsque le montant de l'indemnité en cas d'inexécution a été prévu par le contrat ou par la loi, le juge ne peut accorder une somme plus forte, ni moindre. »

La Cour l'a résolue dans un arrêt fameux, toutes Chambres réunies, du 9 février 1922 (104), qui, après une longue période d'hésitation, a fixé la jurisprudence dans le sens de la nécessité de prouver le préjudice. La Cour part du principe de droit commun incontestable que pour

(103) Demogue, T.VI, p. 519.

(104) B. 34, p. 156. Le texte intégral de cette décision est donné plus loin, p. 86.

allouer des dommages-intérêts judiciaires le juge doit rechercher s'il y a faute imputable au débiteur, si de ce chef le créancier a subi un préjudice et enfin quelle est l'indemnité convenable pour réparer ce préjudice. La stipulation d'une clause pénale enlève au juge le pouvoir d'accorder à la partie une somme moindre ou plus forte. C'est le sens de l'article 181 du Code Civil. Mais cet article ne touche pas aux autres obligations du juge de rechercher et d'apprécier si les conditions requises pour qu'il y ait lieu à allocation de dommages-intérêts se rencontrent dans l'espèce qui lui est soumise. Il ne résulte ni du texte, ni de l'esprit de l'art. 181, que, dans l'intention du législateur, la fixation contractuelle des dommages-intérêts entraîne la conséquence que le débiteur en serait toujours et de toute manière redevable. « ...Lui prêter cette intention, ce serait admettre qu'il a, de propos délibéré, en violant le « principe élémentaire, qu'il ne saurait y avoir réparation « sans qu'il y ait préjudice, créé une obligation sans cause, « ce qui serait illogique. » Ces motifs ont conduit à la solution suivante qui affirme la doctrine de la jurisprudence mixte : malgré la fixation du montant des dommages-intérêts par le contrat, et alors même que cette fixation revêt la forme d'une clause pénale, il incombe au juge de rechercher si, du chef de l'inexécution, le créancier a subi ou non un préjudice ; tenu dans le premier cas d'allouer la somme stipulée, sans pouvoir ni l'augmenter, ni la diminuer, il doit refuser toute allocation dans le second.

Telle est la solution de la jurisprudence Egyptienne ; il est difficile d'indiquer à laquelle des deux conceptions législatives que nous avons indiquées elle se rattache. La sauvegarde de la sécurité du créancier qui commande le respect du forfait de la clause pénale, doit exclure la nécessité de prouver le préjudice. Si l'on choisit, au contraire, les idées d'équité et de justice commutative, on doit établir le préjudice, mais l'on doit aussi proportionner à ce préjudice les dommages-intérêts à allouer. Ce ne serait

pas satisfaire complètement l'équité, qui impose un équilibre rigoureux entre les prestations, que d'allouer des dommages-intérêts forfaitaires qui peuvent être bien supérieurs au préjudice prouvé. La solution de la jurisprudence Egyptienne risque d'entraîner à un pareil résultat, puisqu'en imposant la preuve du préjudice, elle est bien obligée, par les termes de l'art. 181 C. Civ. Mixte, de respecter le forfait. Il n'est donc pas impossible que les juges soient amenés à allouer pour un préjudice peu important, un forfait peut-être considérable.

En réalité, cette jurisprudence, critiquable au nom des principes, a paru s'adapter le mieux à la physionomie sociale du pays. On a souvent parlé de la division de l'Egypte en deux classes très inégales : l'une formée des dirigeants économiques : « les forts », qui détiennent les ressorts du commerce et qui font la loi du contrat ; l'autre, la classe des « faibles » (105), constituée par la majorité de la population rurale, peu accoutumée à la vie des affaires, prête à souscrire des engagements onéreux sans y avoir trop réfléchi et sans s'être, au préalable, interrogée sur ses facultés de libération. Le paysan Egyptien, volontiers optimiste dans le succès de ses cultures, et vivant dans un espoir permanent d'amélioration du cours du coton (son principal produit) contracterait facilement toutes sortes d'engagements, pourvu que l'échéance en soit éloignée (106).

C'est pour la protection de cette classe faible que la jurisprudence a été amenée à adoucir la loi du contrat. Et si cet adoucissement s'est fait sentir en matière de clause pénale, c'est que l'observation de la vie juridique a révélé que ces clauses sont très souvent employées dans les con-

(105) Ces termes sont ici employés avec le sens que leur donne M. Ripert dans « Le Régime Démocratique et le Droit Civil Moderne », Paris 1936. R. Pichon et R. Durand-Auzias, p. 131 et 205.

(106) Voir sur cette division de la population Egyptienne, E. Amad, La Question d'Egypte. Thèse, Paris 1938, p. 102.

trats qui se rapportent à l'activité agricole, imposés à la classe pauvre (107)

Si louable que soit le but que se propose d'atteindre la jurisprudence, la solution de l'arrêt des Chambres Réunies ne s'est pas révélé, en pratique, d'un maniement souple.

Les deux règles que pose cet arrêt : nécessité du préjudice, d'une part, mais, d'autre part, respect du forfait, procèdent de deux ordres d'idées opposés, irréductibles ; sécurité du créancier, clémence envers le débiteur. Elles tendent à s'exclure l'une l'autre.

Si l'on s'en tient avec rigueur à la preuve du préjudice, on finit, tôt ou tard, par ébrécher le forfait pour le ramener à la mesure du préjudice. Si, au contraire, l'on incline au respect du forfait, la discussion du préjudice tendra à devenir sans intérêt.

C'est la première tendance (rigueur dans la preuve du préjudice) qui caractérise la jurisprudence mixte Egyptienne. Elle s'est formée sous l'influence de considération d'équité et l'équité impose toujours de nouvelles exigences. L'idée est vieille, mais sans cesse actuelle, que de l'équité on glisse vers l'arbitraire. Dans son désir de s'adapter aux nécessités pratiques, la jurisprudence mixte n'a pas toujours évité cet écueil ; dans les contrats où se posent le plus souvent les procès sur les clauses pénales (voir note 107 de la page précédente), elle a, on le verra plus loin, au mépris de la convention des parties, réduit le forfait pour le ramener à la mesure du préjudice.

(107) Deux de ces contrats seront étudiés plus loin : la vente des récoltes futures de coton consenties par les agriculteurs avec une peine convenue par unité de poids non livrée et la vente à tempérament d'immeubles ou de machines agricoles qui, en cas de résolution pour non-paiement d'un terme, autorise le vendeur à retenir à titre de dommages-intérêts la totalité des sommes qu'il a touchées, à valoir sur le prix.

*
**

A l'inverse du droit Français et du droit Egyptien, le droit fédéral Suisse n'a pas consacré le caractère forfaitaire de la clause pénale. L'art. 163 (dernier alinéa) du Code des Obligations autorise le juge à « réduire les peines qu'il « estime excessives ». L'un des facteurs de la réduction est la disproportion entre dommages et réparation. Cependant, la jurisprudence ne reconnaît qu'un caractère exceptionnel à l'art. 163 du C. Civ. Elle paraît attacher beaucoup moins d'importance que la jurisprudence Egyptienne à l'efficacité de la preuve du préjudice. Elle la considère utile, mais non décisive ; un jugement du 16 juin 1906 du Tribunal Fédéral le déclare en ces termes : « S'il est exact « qu'en matière de clause pénale la peine est encourue lors « même que le créancier n'aurait souffert aucun dommage, « de telle sorte que pour réclamer l'application de la peine « au débiteur, le créancier n'a pas besoin d'établir la réalité, ni l'étendue d'un dommage souffert par lui, cependant la preuve apportée par le débiteur de l'inexistence « de tout dommage causé au créancier ou de l'inexistence « d'un dommage de beaucoup inférieur au chiffré de la « peine conventionnelle, peut offrir un grand intérêt (108). »

Preuve du préjudice. — A qui incombe la preuve du préjudice ?

Une grande incertitude pèse jusqu'à l'heure actuelle en jurisprudence.

La question s'était déjà posée avant l'arrêt des Chambres Réunies de 1922 et la Cour l'avait diversement résolue.

(108) R. Droit Civil, 1933, p. 1290.

Dans un arrêt de 1905 (109), elle paraît admettre que c'est au débiteur à justifier de l'absence de perte. Elle autorise, en l'espèce, un locataire à prouver par témoins que la résiliation avant terme de son bail n'a causé aucun préjudice au bailleur qui avait aussitôt reloué l'immeuble.

Un commerçant qui a voulu, au moyen d'une clause pénale, s'assurer l'exécution d'un contrat de livraison de marchandises sur lesquelles il a basé son commerce est présumé, jusqu'à preuve du contraire, avoir subi un préjudice du fait de l'inexécution. Il y a lieu d'appliquer cette clause dès qu'on ne rapporte pas la preuve du non-préjudice (110).

D'autres décisions ont appliqué le même principe. Un arrêt du 3 avril 1913 (111) (clause pénale au profit d'un vendeur d'immeubles à termes en cas de résiliation pour non-paiement à son échéance du solde du prix) et une décision du 6 janvier 1915 (112) (clause pénale contre un bailleur qui ne mettrait pas à l'époque convenue l'immeuble loué à la disposition du preneur) posent expressément que pour appliquer la clause pénale il faut un préjudice, mais qu'il incombe de prouver ce préjudice à celui qui veut se soustraire au paiement de la clause.

En sens contraire, la Cour avait, dans un arrêt du 5 mars 1913 (rendu quelques jours avant l'arrêt précité du 3 avril 1913), affirmé que la partie qui invoque une clause pénale doit justifier d'un dommage qu'elle aurait subi et qui mérite réparation. Il s'agit en l'espèce d'une vente de bois résolue pour inexécution aux torts de l'acheteur.

L'arrêt des Chambres Réunies du 9 février 1922, qui a fixé la jurisprudence dans le sens de la nécessité du préjudice, n'a malheureusement pas tranché la question du fardeau de la preuve. Au lendemain de cette décision, la

(109) C. d'App. d'Alex. 9.2.1905, B.17, p. 112.

(110) Trib. Civ. du Caire, 26.3.1913. Gaz. III, p. 135, n° 286.

(111) C.A.M. 3 Avril 1913, B.25, p.284.

(112) C.A.M. 6 Janvier 1915, B.27, p.108.

Cour a déclaré qu'il y a toujours présomption de perte en cas d'infraction à un contrat stipulant une clause pénale qu'il incombe au débiteur de réfuter (113). (En l'espèce, la clause pénale avait été mise à la charge d'un acheteur en cas de résolution pour inexécution d'une promesse de vente.)

Mais peu après, cette présomption a été écartée en termes formels : « On ne saurait dire — affirme l'arrêt — « qu'en présence d'une stipulation d'une clause pénale, il « existe déjà une présomption de préjudice qu'il incombe- « rait au débiteur de dissiper ; il incombe au contraire au « juge de rechercher si du chef de la non-exécution du « contrat, le créancier a subi un préjudice, de sorte que « ladite clause ne saurait être appliquée que dans le cas où « l'existence d'un préjudice quelconque a été dûment éta- « blie (114). »

Bien que les termes de cette dernière décision semblent revêtir une portée de principe, ils ne sont pas parvenus à unifier la jurisprudence dans le sens qu'ils indiquent. En 1930 (115), la Cour déclare de nouveau que la clause pénale ne peut être allouée que si la partie qui doit en profiter rapporte la preuve du préjudice subi (résolution d'une vente pour inexécution au profit des vendeurs). Mais moins de deux ans plus tard, la Cour revient à ses premiers arrêts (116) et affirme qu'il y a toujours en pareil cas (le cas de la clause pénale) présomption de préjudice qu'il incombe au co-contractant en faute de détruire. Et enfin, un arrêt tout récent semble maintenir la même solution (117).

(113) C. d'Appel d'Alex. 13 Mai 1924, B.XXXVI, p. 367.

(114) 18.3.1925. Gaz.XV, p.199, n° 318.

(115) C. d'App. d'Alex. 28.1.1930, B.42, p.238. Gaz.XX, p.62, n° 67.

(116) 25.3.1930, B.42, p.381. Gaz.XX, p.252, n° 246. Dans le même sens : Trib. de Comm. d'Alex. 23.2.1931. Gaz. XXII, p. 376, n° 399.

(117) C. d'App. d'Alex. 15.2.1938, B.50, p.130.

L'examen des différentes espèces permet de dégager à travers les hésitations et les contradictions qui viennent d'être décrites, la tendance générale de la jurisprudence.

Si la clause pénale a été stipulée au profit d'un commerçant (acheteur de coton, par exemple) dans un contrat qui relève de l'exercice de sa profession, ou si, sans être de ceux qui relèvent de l'exercice de la profession du créancier, le contrat revêt un caractère nettement spéculatif (certaines ventes d'immeubles, par exemple, ou certains baux), l'inexécution de ce contrat fait manquer au créancier une affaire dont il aurait, selon toute vraisemblance, retiré un gain. C'est dans ces cas où la jurisprudence parle de présomption du préjudice. En réalité, il n'y a pas effectivement une présomption. Il y a préjudice apparent, prouvé; seulement, au lieu d'être certain (comme cela est exigé en règle générale), ce préjudice est plus vague, mais probable, ce qui suffit quelquefois pour donner lieu à dommages-intérêts (118).

Dans les cas où le préjudice n'est même pas probable, ni vague, quand le juge, autrement dit, ne peut pas en déduire l'existence des seuls éléments du dossier, de la nature du contrat et de la qualité des parties, il en exigera la preuve, conformément à l'arrêt des Chambres Réunies, et, en ce cas, c'est au demandeur d'en supporter le fardeau.

En résumé, le principe directeur de la jurisprudence paraît être celui-ci : pour allouer la clause pénale, il faut un préjudice ; ce préjudice ne peut pas être présumé. Il faut que le juge en constate l'existence. Dans certains cas, les éléments du dossier permettront de conclure, sans même le concours des plaideurs, à un préjudice au moins

(118) Demogue, T.VI, p. 287.

vague, et probable (119). Il suffira pour entraîner l'application de la peine. Autrement, et en règle générale, c'est au demandeur qu'il conviendra d'établir le préjudice.

Telle est la conséquence nécessaire de la jurisprudence des Chambres Réunies. Une présomption de préjudice érigée en principe aurait tôt fait d'enlever toute application au principe posé, vu la difficulté pour le débiteur de fournir la preuve contraire.

C'est en ce sens que serait probablement tranchée la question du fardeau de la preuve, si, à son tour, elle était un jour soumise à l'assemblée plénière de la Cour.

Historique de la jurisprudence Mixte sur la nécessité de prouver le préjudice.

La question historique offre ici de l'intérêt comme en toute matière où l'on remarque des contradictions dans les solutions données par les différents tribunaux que finit par rallier une doctrine uniforme fixée par une juridiction supérieure. Cette Juridiction supérieure, exercée en France par la Cour de Cassation, est assurée en Egypte, où cette Cour ne siège pas en matière civile dans l'ordre des juridictions Mixtes, par les Chambres Réunies de la Cour d'Appel. Le rôle de l'Assemblée des Chambres Réunies de la Cour est défini en ces termes au Code de Procédure : « Toutes les fois que dans l'examen d'une affaire, l'une
« des Chambres de la Cour estimera que, sur le point de
« droit à décider, il y a contrariété d'arrêts antérieure-
« ment rendus, ou sera d'avis de s'écarter d'une jurispru-
« dence antérieure, elle pourra ordonner la réouverture
« des débats et renvoyer la cause devant la Cour entière... »

(119) C'est ainsi que la clause pénale a été allouée à un acheteur contre son vendeur pour refus de passer l'acte définitif, sur la simple constatation que l'acte préliminaire ayant été transcrit, l'acheteur a dû perdre les droits proportionnels dont le paiement était prouvé par la seule production de l'acte. C. d'App. d'Alex. 11.12.23, B.36, p. 75.

(art. 416 bis C. Pr. Civ. M., décret du 24 décembre 1906).

Sur la nécessité de la preuve du préjudice, les Tribunaux avaient commencé par suivre deux courants d'idées opposées ; tandis que certaines décisions suivaient la voie tracée par le Code Civil Français, modèle du Code Civil Mixte Egyptien, et dispensaient les plaideurs de discuter le préjudice, d'autres arrêts, plus nombreux, avaient imposé cette discussion et ils déboutaient du montant de la peine en cas de perte non prouvée.

La question semble s'être posée pour la première fois en 1900, à l'occasion d'un procès qui mettait aux prises un vendeur engagé à livrer une machine à une date déterminée, sous une clause pénale en cas de retard, et l'acheteur qui réclamait cette indemnité de retard. Saisie de l'application de la clause pénale, la Cour en a débouté l'acheteur en retenant que la livraison de la machine au terme fixé par le contrat n'aurait été pour lui d'aucun intérêt ; le fonctionnement d'une machine nécessite le recours à des autorisations administratives que l'acheteur n'avait obtenues que bien après la date de la livraison effective (120).

La Cour a posé le principe en ces termes généraux :

« Attendu que si la stipulation d'une clause pénale en-
« lève aux parties le droit de discuter le montant des dom-
« mages-intérêts convenus, cependant le juge peut tou-
« jours examiner si de l'inexécution de l'obligation il est
« réellement résulté un préjudice pour la partie qui se
« plaint de cette inexécution et, par suite, s'il doit accor-
« der ou refuser la somme convenue pour dommages-in-
« térêts. »

Le même principe se retrouve dans un arrêt de 1905, qui admit un locataire, actionné en paiement d'une clause pénale pour rupture du contrat avant terme, à prouver que

(120) C. d'App. d'Alex. 1.3.1900, B.XII, p. 145.

le propriétaire avait reloué dans des conditions meilleures que celles du premier bail (121).

C'est en 1907 que l'on constate un premier revirement. Un acheteur de coton s'est vu accorder le montant de la clause pour retard sans avoir à justifier du préjudice.

« *Trattandosi di una clausola penale, colui che l'ha « stipulata in suo favore non e tenuto, per avervi diritto, « a giustificare di avere sofferto una perdita* (122). »

En 1908 (123), la Cour affirme encore :

« que la clause pénale échappe à l'arbitrage du juge « auquel les parties ont entendu précisément se soustraire », ce qui laisse supposer un affaiblissement de la doctrine contraire. C'est pourtant l'arrêt de 1905 qui continue, malgré ce double écart, à inspirer les tribunaux; on en retrouve, en 1907, une nouvelle application en matière de bail rompu avant terme par le locataire. Le propriétaire s'est vu débouté pour défaut de préjudice parce qu'il était parvenu à relouer les biens. On observe dans les circonstances de fait rapportées dans l'arrêt, que la relocation est consentie à des conditions moins avantageuses, sous le double rapport de la durée du bail et de la garantie pour le paiement des loyers (124) (le premier bail était fait pour une période plus longue et stipulait une sûreté hypothécaire pour le payement des loyers). Dans l'espèce de 1905, au contraire, le nouveau bail, consenti à des conditions meilleures que le bail rompu, laissait apparaître chez le demandeur un esprit de spéculation. L'exclusion de la clause pénale justifiable dans le premier cas l'est ici beaucoup moins, puisqu'il y a en fait un préjudice. La Cour a dû invoquer son « pouvoir d'apprécier les faits et « d'interpréter la convention », mais il est difficile de ne

(121) C. d'App. d'Alex. 9.2.1905, B.XVII, p. 112

(122) C. d'App. d'Alex. 28.2.1907, B.XIX, p. 139.

(123) C. d'App. d'Alex. B.XX, p. 208.

(124) C. d'App. d'Alex. 12.11.1908, B.XXI, p. 9.

pas voir en cette interprétation une violation de la liberté des contrats et d'expliquer l'arrêt autrement que par des considérations d'équité.

Cette notion d'équité on la retrouve dans un arrêt de 1911, toujours en matière de bail, qui l'invoque clairement pour refuser d'allouer au propriétaire une clause pénale consistant dans une année de loyer, si le locataire dans les vingt jours de la consignation ne fournit pas une garantie hypothécaire. La Cour reconnaît que, contrairement à la doctrine, la jurisprudence, « s'inspirant » de l'équité, a fait fléchir la rigidité des principes (125).

Cette tendance à juger en équité fut même si forte, qu'en plus de son pouvoir d'apprécier le préjudice, la jurisprudence s'est reconnu le droit de modifier le montant de la clause en le proportionnant à la perte subie.

La logique du système l'exigeait. Si l'équité commande au nom de la justice commutative de n'allouer des dommages-intérêts qu'en cas de préjudice, elle veut aussi que les dommages n'excèdent pas le préjudice. Dans la voie où elle s'était engagée, la jurisprudence devait nécessairement se heurter à cette seconde difficulté, et dans un arrêt de 1913 elle l'a tranchée en réduisant le montant de la clause pénale. Elle a jugé (126) qu'un marchand de bois qui aurait stipulé, à titre de clause pénale contre l'acheteur en cas d'inexécution d'une vente, une commission sur le prix de la quantité non-vendue, avec, en outre, un montant forfaitaire, n'a le droit de demander contre l'acheteur défaillant que le montant de la commission seul.

En réalité, cet arrêt est une négation de l'art. 181 du C. Civ. Mais cette espèce demeure isolée.

Quelques jours après, la Cour affirmait la nécessité d'appliquer la clause pénale entière dès l'instant qu'il y

(125) C. d'App. d'Alex. 12.4.1911, B.XXIII, p. 254. Dans le même sens : Trib. Civ. d'Alex. 22.2.1913, Gaz. III, p. 110, n° 218.

(126) C. d'App. d'Alex. 5.3.1913, B.XXV, p. 206.

avait une perte (127). Et plus tard, en 1915, la Cour admet encore ce principe (128) en mettant à charge du débiteur la preuve qu'il n'y a pas de préjudice.

En 1916, se produisit un retour vers l'arrêt de 1907 qui avait dispensé de la discussion sur le préjudice (129), mais, sans exercer d'influence sur le courant contraire, déjà très fort, que suivaient les arrêts et dont on retrouve encore une application en 1920 ; une fois de plus la Cour a débouté de la réclamation d'une clause pénale, des bailleurs de terres qui plaidaient l'inexécution d'un contrat de bail contre des locataires, parce qu'une hausse survenue dans le prix du coton avait supprimé tout préjudice en leur rendant avantageuse l'exploitation directe (130).

Bien qu'en petit nombre, les arrêts rendus dans le sens de la non-nécessité du préjudice ont paru suffisants pour faire soumettre la question aux Chambres Réunies (131).

La Cour plénière consacra définitivement le principe qui jusqu'alors avait inspiré la grande majorité des arrêts.

Il paraît utile, en raison de l'intérêt qu'il présente, de reproduire intégralement le texte de cette décision :

« La Cour (Chambres Réunies) :

« Attendu que la question à résoudre est celle de savoir si, lorsque le montant des dommages-intérêts en cas d'inexécution a été prévu et fixé par le contrat, le Juge est tenu de les allouer, sur la simple constatation que le débiteur a manqué à ses engagements et sans qu'il ait à rechercher si, à raison de ce fait, le créancier a subi un préjudice ;

(127) C. d'App. d'Alex. 19.3.1913. Gaz. III, p. 135, n° 287 ; 3.4.1913, B.25, p.284 ; Trib. Comm. Caïre 24.5.1913, Gaz. 157-328.

(128) C. d'App. d'Alex. 6.1.1915, B.XXVII, p. 108.

(129) C. d'App. d'Alex., 4.5.1916, B. XXVIII, p. 301.

(130) C. d'App. d'Alex. 13.4.1920, B.XXXII (Voir aussi sentence arbitrale de M^e Pezzi bey 8.6.1920. Gaz.XI, p. 12, n° 22.

(131) Cour d'Alex. 29.6.1921, B.XXXIII, p. 409 (arrêt de renvoi devant les Chambres Réunies).

« Attendu qu'il est de principe incontestable que
« l'inexécution de l'obligation ne donne pas, par elle seule,
« droit à des dommages et que, pour cela, il faut en outre
« que le créancier ait éprouvé une perte ou manqué un
« bénéfice ;

« Qu'ainsi le juge, lorsqu'il est saisi d'une demande
« de dommages-intérêts, est tenu de rechercher et d'appré-
cier :

- 1° si l'inexécution de l'obligation est imputable au débiteur,
- 2° si de ce chef le créancier a subi un préjudice, et
- 3° quelle est l'indemnité adéquatement représentative de ce préjudice à lui alloué ;

« Attendu que pour prévenir les difficultés auxquelles
« l'évaluation des dommages-intérêts, lorsqu'ils sont en-
« courus, donne lieu, le législateur a, par l'art. 181 C. Civ.,
« permis aux intéressés d'en fixer contractuellement et d'a-
« vance le chiffre ;

« Mais attendu que si, par application du principe
« que la convention fait la loi des parties, il a défendu au
« juge d'accorder une somme moindre — à moins, bien
« entendu, que l'inexécution n'ait été que partielle — ou
« plus forte, il ne lui a pas pour cela enlevé le droit, ni dis-
« pensé de l'obligation de rechercher et d'apprécier si les
« conditions requises pour qu'il y ait lieu à allocation de
« dommages-intérêts se rencontrent dans l'espèce qui lui
« est soumise ;

« Attendu, en effet et tout d'abord, qu'en tant qu'ap-
« portant une restriction aux pouvoirs du juge, l'art. 181
« C. Civ. doit être interprété restrictivement ;

« Attendu ensuite qu'il ne résulte ni du texte, ni de
« l'esprit dudit article, que dans l'intention du législateur,
« le fait que le montant des dommages-intérêts aurait été

« contractuellement fixé devrait avoir pour conséquence
« que le débiteur en serait toujours et de toute manière
« redevable :

« Que lui prêter cette intention, ce serait admettre
« qu'il a, de propos délibéré, en violant le principe élé-
« mentaire qu'il ne saurait y avoir réparation sans qu'il y
« ait préjudice, créé une obligation sans cause, ce qui se-
« rait illogique;

« Attendu qu'à raison des considérations qui précè-
« dent la question posée doit être résolue par la négative ;

« Attendu qu'il échet d'ajouter que dommages-inté-
« rêts conventionnels et clause pénale étant une seule et
« même chose, sous des noms différents, sont régis par les
« mêmes règles ;

« Par ces motifs :

...« Dit pour droit, que malgré la fixation du mon-
« tant des dommages-intérêts par le contrat, et alors même
« que cette fixation revêt la forme d'une clause pénale, il
« incombe au juge de rechercher si, du chef de son inexé-
« cution, le créancier a subi ou non un préjudice, et que,
« tenu, dans le premier cas, d'allouer la somme stipulée,
« sans pouvoir ni l'augmenter, ni la diminuer, il doit refu-
« ser toute allocation dans le second. »

(9 février 1922. B. XXXIV p. 156.)

L'effet de l'arrêt de toutes Chambres Réunies ne se fit pas immédiatement sentir dans les décisions qui suivirent. Un jugement du Tribunal Civil d'Alexandrie (132) semble déclarer non recevable la discussion du préjudice, alors qu'à la même époque environ, un jugement du Tribunal

(132) Trib. Civ. d'Alex. Gáz. 13.17. Le jugement (en italien) décide que « la preuve du préjudice n'est pas nécessaire s'agissant d'une indemnité convenue ».

du Caire (133) ne condamnait le débiteur à payer, malgré le préjudice réalisé, qu'une partie de la pénalité.

Mais, à part ces hésitations, on doit considérer la jurisprudence comme désormais fixée.

Notons toutefois que, dans une catégorie importante de contrats où se trouvent stipulées des clauses pénales — les contrats de vente de récoltes futures de coton — cette preuve est devenue sans intérêt, car la jurisprudence considère comme certaine, pour l'acheteur au profit de qui la clause est stipulée, la réalisation d'un préjudice : le défaut de livraison lui ayant fait manquer une affaire. Cette dernière règle a facilité dans un bon nombre de procès sur les clauses pénales l'application du principe posé par l'arrêt de 1922.

(133) Ce jugement a été infirmé par la Cour, par application du principe posé par les Chamb. Réunies. 11.12.1923. B.XXXI, p. 75. Gaz. XIV. p. 119, n° 185.

CHAPITRE III

EFFETS DE LA CLAUSE PÉNALE

Une fois réalisées les conditions d'exigibilité de la clause pénale, elle doit être appliquée selon les conditions prévues au contrat.

L'étude des effets de la clause pénale soulève l'examen de trois questions :

- du délai de grâce en cas de stipulation d'une clause pénale.
- Règle du non-cumul de la clause pénale avec l'exécution.
- Caractère forfaitaire de la clause pénale et exceptions qu'il comporte.

1. *Délai de grâce.*

« Quand la dette est échue, ou qu'il n'y a jamais eu « de terme légal, ni conventionnel, les juges peuvent accorder un délai au débiteur, en considération de sa position (1). » Cette faculté qui, de droit commun, est reconnue au juge, peut-elle s'exercer lorsqu'une clause pénale a été prévue pour le retard ou l'inexécution ? Ceux qui ont soutenu le contraire ont prétendu que le délai de grâce modifierait la convention des parties. En stipulant une clause pénale, le créancier a voulu éviter toutes les incertitudes inhérentes à une action en justice, et à l'apprécia-

(1) Planiol et Ripert, *Traité Élémentaire de Droit Civil*. T. II, p. 135 in fine.

tion des juges. La concession d'un délai de grâce substitue à la convention un état nouveau, contraire à la convention qui affaiblit dans une certaine mesure les droits du créancier que la clause pénale était normalement destinée à renforcer.

Cette opinion n'a pas prévalu. Le pouvoir du juge de concéder au débiteur un délai de grâce est général, et cette généralité résulte aussi bien des termes de l'art. 1244 du C. Civ., qui ne distingue pas, que de la place qu'il occupe à la section du paiement. On en déduit que le débiteur peut bénéficier du délai à l'occasion de tout paiement, garanti ou non par une clause pénale. La convention des parties sera respectée ; seule l'échéance en sera retardée jusqu'à l'expiration du délai (2).

On ne saurait davantage pour refuser le délai de grâce tirer argument de l'intention des parties, en particulier de la volonté du créancier d'être immédiatement payé, puisqu'il est admis que le débiteur ne peut renoncer par avance au bénéfice du délai de grâce, le droit à le requérir étant d'ordre public (3). Le délai de grâce n'a donc pas pu rentrer valablement dans les prévisions des contractants.

La même solution s'impose en droit Egyptien (Mixte et Indigène) où la faculté pour le juge de concéder un terme de grâce est conçue en termes aussi généraux qu'en droit Français, au chapitre de l'exécution. Voici ces textes :

Art. 231 C. Civ. Mixte. — « L'exécution... ne peut
« être partielle, sauf aux juges à autoriser dans les circon-
« stances exceptionnelles, des termes ou un délai modéré,
« s'il n'y a pas préjudice grave pour le créancier. »

(Même texte au C. Civ. Indigène, art. 168.)

Les effets du délai de grâce varient selon que la clause est stipulée pour retard ou pour inexécution.

(2) Comp. Demolombe, T. 26, p. 597, n° 683.

(3) Voir aussi Demogue, T. VI, p. 515, n° 483.

Clause pénale pour retard. — Si le créancier demande l'exécution, le juge pourra accorder au débiteur un délai de grâce pour cette exécution ; pendant ce temps, la clause pénale de retard ne sera pas encourue, mais elle reprendra son application si le délai passe sans que le créancier ait reçu satisfaction (4).

Le créancier demande au contraire la résolution pour inexécution. Dans ce cas, la clause pénale stipulée au contrat pour le retard ne s'applique pas plus pendant le délai de grâce qu'à son expiration, car à ce moment, la résolution, devenue définitive, efface toutes les clauses du contrat, y compris la clause pénale pour retard.

Clause pénale pour inexécution. — Le créancier demande l'exécution : il ne peut plus alors demander en même temps la peine et le délai de grâce n'exercera aucune influence sur une clause devenue sans objet.

S'il réclame, au contraire, le paiement de la clause pénale, le juge, en condamnant le débiteur, pourra lui accorder un délai de grâce durant lequel le créancier surseoir aux poursuites.

Enfin, on peut concevoir la coexistence dans une convention de deux clauses pénales pour retard et pour inexécution. Chacune d'elles suivra alors ses règles propres expliquées ci-dessus.

Le délai de grâce ne peut être accordé au débiteur qu'une fois. Il est inapplicable aux obligations de ne pas faire. Le but du délai de grâce est d'accorder au débiteur des chances pour l'exécution. Or, l'exécution d'une obliga-

(4) C. d'App. d'Alex. 10.5.1911, B.XXIII, p. 309.

tion de ne pas faire est rendue impossible par la contravention elle-même (5).

Ainsi entendue, la théorie du délai de grâce dans les obligations avec clause pénale ne s'oppose pas aux principes du droit. Il est douteux que le législateur ait voulu dans ce cas en priver le débiteur. Il semble que l'idée de clémence dont s'anime l'institution commande au contraire d'en mesurer l'usage au poids des obligations qui grèvent le patrimoine du débiteur.

Pour une clause pénale onéreuse, le délai de grâce est donc un contrepoids utile, à condition de n'être pas un moyen pour déformer la convention.

Un propriétaire loue un terrain urbain pour une longue période à des bailleurs qui s'engagent à y élever des constructions qui deviendront la propriété des bailleurs. Les loyers sont payables d'avance, par semestre, à peine de résiliation du contrat suivie de l'expulsion des lieux, avec attribution immédiate des constructions aux propriétaires et condamnation aux loyers dus au jour du déguerpissement.

La Cour Mixte (6), saisie de l'application de cette clause à l'occasion d'une défaillance des locataires, a décidé que la condamnation aux loyers arriérés ne pouvait se cumuler avec l'expulsion et le droit aux constructions. Elle condamne le débiteur à l'obligation alternative suivante :

— payer les loyers exigibles en principal et accessoires,

— ou subir l'expulsion avec abandon des constructions, et lui accorde un délai de grâce pour l'exécution de l'une ou l'autre obligation ; mais elle prononce dès à présent la résiliation du bail avec application de la pénalité entière en cas d'une nouvelle défaillance non réparée huit jours après un commandement. Cette option cadre mal

(5) Douai, 7.12.1881, D.P. 1883. 2. 112 et C. d'App. Mixte, 19.5.1897, B.IX, p. 346.

(6) 21.12.1892, B. V. p. 85.

avec les termes du contrat qui avaient prévu, contre le débiteur, l'application simultanée des deux peines ci-dessus.

2. *Clause Pénale et Exécution.*

« La clause pénale est la compensation des dommages
« et intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de
« l'obligation principale. Il ne peut demander en même
« temps le principal et la peine, à moins qu'elle n'ait été
« stipulée pour le simple retard. »

Ce texte de l'art. 1229 C. Civ. pose deux règles :

a) On ne peut cumuler le montant de la clause pénale compensatoire avec l'exécution de l'obligation ;

b) mais le cumul est possible entre la clause pénale moratoire et l'exécution.

a) La première règle est posée par le premier alinéa de l'article 1229. La clause pénale est une clause de dommages-intérêts ; permettre son cumul avec l'exécution, c'est reconnaître au créancier le droit de recevoir la satisfaction promise, à la fois en nature, et par équivalent. Le débiteur paierait ainsi deux fois ce qu'il doit.

Cette règle définit le caractère subsidiaire de la clause pénale (7), qui s'applique pour remplacer une satisfaction principale que le créancier n'obtiendrait pas. Ce caractère explique aussi comment la clause pénale n'enlève pas au créancier son droit à poursuivre l'exécution de l'obligation principale que la loi lui reconnaît en cas de défaillance du débiteur.

(7) Cp. Demolombe, T. 26, n° 653.

Il pourra donc, à son choix, poursuivre l'exécution en nature ou réclamer la clause pénale ; si le débiteur a contrevenu à une obligation de ne pas faire, le créancier sera en droit de demander le rétablissement des choses en l'état par le débiteur ou par un tiers aux frais du débiteur (art. 1143) (8). L'exécution directe ne serait impossible qu'au cas où il s'agirait d'une obligation de faire purement personnelle au débiteur. C'est l'application de la règle « *nemo preacise potest cogi ad factum* ».

Il a été jugé, en particulier, que l'exécution en nature d'un traité de cession d'office ne pouvait être ordonnée en justice. Ce contrat suppose un fait personnel au titulaire, la présentation du successeur à la chancellerie ; il ne peut se résoudre qu'en dommages-intérêts (9). Le créancier n'a droit, en cas d'inexécution, qu'à la peine convenue.

M. Demogue pose la question de savoir si l'option du créancier entre l'exécution et la réclamation de la clause pénale présente un caractère irrévocable, ou si, au contraire, le créancier qui a d'abord assigné en exécution peut, par une modification de ses conclusions, réclamer en cours d'instance le montant de la peine, et il semble admettre, par rapprochement avec l'obligation alternative, que le choix du créancier est irrévocable ; il ne pourra plus changer d'attitude à moins que l'exécution demandée soit impossible au moment de l'action ou ne le devienne en cours d'instance (10).

Mais peut-on assimiler l'obligation avec une clause pénale avec l'obligation alternative ? Celle-ci suppose deux objets principaux, alors que dans l'autre, une seule chose est due : celle qui fait l'objet de l'obligation. Si donc le

(8) Demolombe, T. 26, p. 575.

(9) Trib. St-Gaudens, 30.3.1846, D.P. 1847. 3. 110.

(10) Demogue, T. VI, p. 506, n° 474.

créancier poursuit l'exécution, il peut, tant que le débiteur n'y a point satisfait, et jusqu'à l'intervention d'une décision souveraine, substituer à l'exécution la réclamation de la peine. Inversement, s'il réclame le montant de la peine, il pourra, dans les mêmes conditions, modifier ses conclusions. Un droit analogue appartient au débiteur : assigné en dommages-intérêts, il peut arrêter l'action en offrant d'exécuter, à la condition que l'exécution présente encore un intérêt pour le créancier ; mais il ne saurait arrêter l'action en exécution en offrant le montant de la peine : l'obligation subsidiaire ne pouvant être offerte à la place de l'obligation principale, quand celle-ci peut être encore exécutée :

« La substitution d'une indemnité à l'objet réel de la dette n'est donc qu'un pis-aller qui suppose le fait préalablement constaté, d'une inexécution définitive et imputable au débiteur (11). »

En droit Egyptien, le caractère subsidiaire de la clause pénale est consacré par l'article 152 du C. Civ. M., ainsi conçu :

« Si l'obligation déterminée a été édictée ou convenue à titre de peine en cas d'inexécution d'une autre obligation, le créancier a l'option entre l'exécution de l'obligation principale ou de l'obligation pénale, mais le débiteur peut toujours faire cesser cette option en exécutant l'obligation principale dans tous ses termes, à moins que la peine ne soit stipulée pour le simple retard. » (Civ. I. 98).

Il n'en serait autrement que si la convention avait expressément laissé cette faculté au débiteur, l'autorisant à

(11) Planiol, Ripert et Esmein. *Traité Pratique de Droit Civil*, tome 7, page 181, n° 873. Aubry et Rau, t. IV, p. 128.

ne pas donner suite au contrat en payant la peine fixée. Il y aurait alors un dédit (12).

Par application de la règle du non-cumul, la jurisprudence écarte les prétentions des créanciers qui aboutiraient indirectement à leur assurer une double satisfaction.

Un employé qui s'est engagé sous une clause pénale à ne pas s'embaucher chez un nouveau patron à sa sortie de service, ne peut être tenu au paiement de la clause pénale et condamné sous une astreinte à quitter son nouvel emploi : il y aurait cumul du principal avec la peine. Le nouvel employeur ne saurait davantage être condamné à une astreinte pour renvoyer l'employé, ce qui aboutirait indirectement au même résultat (13).

Mais, contrairement à ce qui a été jugé (14), ce n'est pas violer la règle du non-cumul que de réclamer, en vertu d'un contrat de bail, les loyers arriérés, l'expulsion à cause du retard dans le paiement des termes avec une clause pénale prévue pour rupture du contrat ; le cumul aurait consisté dans la réclamation simultanée de la clause pénale pour résiliation anticipée et des loyers à échoir.

On s'accorde à reconnaître que la règle du non-cumul de l'exécution avec la clause pénale n'est pas d'ordre public (15). Un créancier particulièrement désireux de recevoir en nature la prestation promise, peut imposer à son débiteur la sanction de ce cumul (16). Il suffit pour cela de l'intention tacite, mais non équivoque des parties, car il s'agit d'une convention qui déroge au droit commun.

(12) C. d'App. d'Alex. 6.1.1916, B.XXVIII, p. 95. Comp. Demolombe. T. 26, n° 652.

(13) Paris, 18.12.1930. Gaz. Pal. 1931. 2. 11.

(14) C. d'App. d'Alex. 21.12.1892. B.V. p. 85.

(15) Cp. Aubry et Rau, T. IV, p. 189, note 6.

(16) Demogue, T. VI, p. 505, n° 473. Demolombe, T. 26, n° 654-658.

Cette stipulation est fréquente dans la transaction. Les parties qui, par des concessions réciproques, mettent fin à un procès, stipulent souvent dans leur convention qu'une demande en justice formée contre leur transaction entraînera contre le demandeur l'application d'une peine, quelle que soit l'issue de l'action. Si donc une partie attaque la transaction et succombe au procès, la transaction sera maintenue et la peine appliquée. Il y aura cumul.

Cette solution est acceptable si les parties l'ont voulu expressément dans une clause du contrat, ou si leur volonté de s'écarter de la règle du non-cumul peut se déduire de l'ensemble de la convention. Telle paraît être, en général, l'intention des parties qui ont stipulé dans une transaction une clause pénale ; de là, la théorie de Toullier, qui voit, dans le seul fait d'insérer une clause pénale dans une transaction, une présomption que la peine sera due sans préjudice de l'exécution de l'obligation principale. Ce cumul :

« ...nous paraît, dit-il (17), implicitement contenu
« dans la clause pénale ajoutée à la transaction. La peine
« est stipulée, non pas comme une compensation des dommages-intérêts qui pourraient résulter de l'inexécution
« absolue de la transaction, mais comme une indemnité
« des embarras, des frais et des inquiétudes que cause à
« l'autre partie la nécessité de soutenir un procès qu'on
« avait voulu prévenir. C'est donc ainsi que doivent être
« interprétées les clauses pénales ajoutées à une transaction, lorsque les termes de la convention n'y résistent
« pas. »

Demolombe s'est élevé contre cette théorie de Toullier. On ne saurait, dit-il, parler de présomption légale quand elle ne se déduit d'aucun texte de loi.

L'art. 2047 : « On peut ajouter à une transaction la

(17) Toullier, T. III, n° 830.

« stipulation d'une peine contre celui qui manquera de « l'exécuter », subordonne l'exigibilité de la peine au cas d'inexécution et ainsi on retombe dans la règle générale de l'art. 1229. Les travaux préparatoires de l'art. 1229 confirment cet argument, notamment une déclaration du Tribun Albisson, qui, au sujet de l'application d'une clause pénale, jointe à une transaction, renvoie aux règles posées pour la clause pénale en général à la Sect. IV, chap. III de la loi des contrats (18).

Il faut donc, à chaque fois, rechercher l'intention des parties, qui peut être variable. Aubry et Rau distinguent à cet égard deux espèces de transactions (19) : celles accompagnées d'une clause pénale contre la partie qui manquerait de l'exécuter et dont les effets sont régis par les principes généraux sur les clauses pénales : et la peine stipulée « comme un dédommagement « pour le préjudice que le fait d'une attaque contre la « transaction causerait à l'autre partie et pourrait par conséquent être réclamée cumulativement avec le principal. .

Existe-t-il un critérium permettant de reconnaître dans les transactions la véritable intention des parties ?

On a proposé (20) de distinguer selon que la transaction qui met fin au procès comporte ou non des prestations à exécuter par les parties. Dans le premier cas, la peine est destinée à assurer l'exécution des obligations prévues. Elle ne sera due qu'en cas d'inexécution et ne pourra se cumuler avec le principal. Autrement dit, si la transaction met fin à une contestation sans créer de nouvelles charges, la clause pénale est présumée stipulée pour prévenir les procès ; elle sera encourue par la partie qui en intenterait un,

(18) Comp. Demolombe, T. 26, n° 659.

(19) Cours de Droit Civil, 5^e édition, T. VI, p. 206.

(20) Delvincourt, T. II, p. 144 et T. III, p. 133, n° 12, rapporté par Demolombe, T. 26, n° 660.

si elle était déboutée ; si au contraire la transaction était annulée, la clause pénale suivrait elle-même son sort.

Les mêmes règles s'appliqueraient à un compromis, à un partage ou à la confirmation d'une convention sujette à une action en nullité ou en rescision (21).

b) La règle ci-dessus du non-cumul entre la peine et l'exécution cesse de s'appliquer lorsque la clause a été prévue pour le simple retard. L'art. 1229 prévoit l'exception en termes exprès : « Il (le créancier) ne peut demander en « même temps le principal et la peine, à moins qu'elle « n'ait été stipulée pour le simple retard. » Il n'y a pas à craindre, en ce cas, que le créancier reçoive deux fois la même chose, car l'exécution tardive n'efface pas le préjudice résultant du retard (2).

Le créancier est donc autorisé à poursuivre l'exécution et à réclamer la clause pénale moratoire. Toutefois, la jurisprudence paraît peu favorable, si le créancier demande la résolution pour inexécution (art. 184) à appliquer la clause pénale de retard. Cela tient à ce que, le contrat étant résolu, la clause tombe. Mais cette solution paraît contraire à l'intention des parties (23).

3. *Caractère forfaitaire de la clause pénale.*

En droit Français, le juge n'a pas, en principe, le pouvoir de modifier le montant de la clause pénale. La fixité de l'évaluation conventionnelle est posée par l'art. 1152 du C. Civ. : « Lorsque la convention porte que celui qui man-

(21) Demolombe, T. 26, n° 661. Dans le même sens : Laurent T. 17, p. 456, n° 461.

(22) Cass. Naples, 10.2.1905. R. Tr. Droit Civ., 1908, p. 378, n° 19.

(23) Voir cep. Demogue, T. VI, p. 503, n° 471. Req. 8.7.1873. D.P. 1874. 1. 56. M. Demogue est plutôt favorable au cumul (T. VI, p. 347) de la résiliation avec clause pénale pour retard.

« quera de l'exécuter payera une certaine somme à titre
« de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l'autre
« partie une somme plus forte, ni moindre. »

Cette règle est une innovation du droit moderne. L'ancien droit autorisait les juges à réduire les peines excessives. Pothier enseigne cette doctrine, dans ce passage si connu de son *Traité des Obligations* : « La peine stipulée en cas d'inexécution peut, lorsqu'elle est excessive, être réduite et modérée par le juge (24). » Le motif invoqué est que le débiteur qui se soumet à une peine exagérée, le fait généralement dans la fausse confiance qu'il ne manquera pas à son engagement. Son consentement n'est pas valable, étant fondé sur une erreur, une illusion.

En droit Romain prévalait la doctrine contraire ; un texte d'Ulpien pose en ces termes la fixité de la clause pénale : *Poenam enim cum stipulatur quis, non inspicitur quid ejus intersit sed quae sit quantitas in conditione stipulationis*. (L. 38 paragr. 17 — ff. De Verb. Oblig.).

C'est à la tradition Romaine que le Code Civil s'est tenu. Rompant avec la tradition de l'ancien droit, il a consacré en cette matière le principe de la fixité de la clause pénale. Mais le passage d'un système à l'autre ne s'est pas fait d'un seul coup ; il y eut comme une lutte entre ces deux tendances rivales : l'une, appuyée sur la tradition de l'ancien droit, ayant pour elle le prestige de Pothier, cherchait, par esprit de clémence envers le débiteur, à donner au juge un certain pouvoir de contrôle sur le quantum de la peine ; l'autre, qui s'inspirant du droit Romain et du principe du respect du contrat proclamé par le Code, voulait au contraire que la convention fût exécutée selon les prévisions des parties, sans égard à une équivalence parfaite entre la perte et les dommages-intérêts.

L'analyse des travaux préparatoires du Code Civil per-

(24) *Traité des obligations* n° 342.

met de retracer les différentes phases de ce conflit.

Le texte de l'art. 49 (le futur art. 1152) du premier projet rédigé par les quatre commissaires du Gouvernement, était à l'origine ainsi conçu :

« Lorsque la convention porte que celui qui manquera
« de l'exécuter payera une certaine somme, il ne peut être
« alloué à l'autre partie une somme plus forte, quoique le
« dommage se trouve plus grand.

« Le juge peut au contraire modérer celle stipulée si
« elle excède évidemment le dommage effectif. »

Ce texte définit moins une clause pénale qu'une clause de maximum de responsabilité ; le débiteur ne peut en aucun cas être tenu, en vertu de la convention, à réparer un dommage supérieur à celui éprouvé par le créancier. Mais il peut n'être tenu que d'une réparation moindre si le chiffre fixé dans le contrat est inférieur au préjudice. La solution est encore plus rigoureuse pour le créancier que ne l'était celle de Pothier, qui autorisait les juges à élever les peines conventionnelles quand elles étaient inférieures au dommage. Elle dénature la clause pénale en affaiblissant le lien contractuel qu'elle est normalement destinée à renforcer (25).

Lorsque par les soins du Gouvernement le texte du premier projet fut soumis aux différents tribunaux de la République, certaines cours ne manquèrent pas de signaler l'inégalité choquante qu'il créait entre la situation du débiteur et celle du créancier. La Cour de Grenoble propose de modifier la rédaction du paragraphe I pour autoriser le juge à allouer à la partie une somme plus forte que celle stipulée si le dommage se trouve évidemment plus grand. « Cette rédaction, ajoute le rapport, présenterait plus de corrélation et de justice entre les deux dispositions de cet

(25) Sur cette fonction de la clause pénale, voir Savigny, le Droit des Obligations, Tome II, Paris 1863, p. 423.

article ; il est d'ailleurs des cas où le dommage effectif est beaucoup plus considérable que la peine stipulée (26). »

Mais la plupart des tribunaux ont proposé d'abolir ce pouvoir du juge en consacrant la suprématie du contrat. Le Tribunal de Cassation, en particulier, a ajouté cette observation : « Pourquoi le juge pourrait-il modérer le dé-
« dit stipulé sans jamais pouvoir allouer une somme plus
« forte ? Ne doit-ce pas être dans tous les cas une maxime
« certaine que celle proclamée à l'article 32 du projet, que
« les conventions légalement formées tiennent lieu de lois
« à ceux qui les ont faites (27) ? »

Le Tribunal d'Appel de Bordeaux est plus explicite sur les inconvénients de soumettre la clause à l'arbitrage du juge : « Nous pensons, dit-il, qu'il serait plus juste d'éta-
« blir que dans tous les cas la peine conventionnelle serait
« rigoureusement exigible. Laisser à l'arbitrage du juge
« le droit de la modérer en quelque cas que ce soit, c'est
« la rendre illusoire dans tous, ou du moins, encourager
« les procès sur toutes les obligations qui contiendront des
« conventions de ce genre. Les contrats sont une loi que les
« parties se sont volontairement imposée ; on en pèsera
« les clauses avec plus de précautions lorsqu'on saura que
« rien ne peut dispenser de les exécuter à la lettre. »

Le Tribunal de Montpellier signale, en outre, la restriction à l'autonomie de la volonté que menace d'entraîner le texte du projet ; un créancier qui tient à l'exécution en nature ne pourra plus menacer le débiteur d'une peine excédant le dommage, en cas d'inexécution, puisque cette peine serait réduite (28).

L'influence de ces remarques s'est fait sentir lors de

(26) Fenet : Rec. des Travaux Préparatoires du C. Civ. T. III, p. 559.

(27) Fenet : ibid. Tome II, p. 586. Dans le même sens : Orléans et Amiens : Fenet, Tome IV, p. 136.

(28) Fenet, T. IV, p. 443.

la discussion du projet au Conseil d'Etat (séance du 18 brumaire an XII, 10 novembre 1803). Bigot-Préameneu expose les opinions divergentes qui se sont élevées au sein de la section législative du Conseil lors de la rédaction de l'article 49 du projet (le futur art. 1152 du C. Civ.). Les uns faisaient valoir, au nom de la bonne foi, que la réparation ne doit pas excéder le dommage, et que le débiteur souscrivait souvent des peines élevées croyant au moment du contrat pouvoir exécuter. D'autres avaient critiqué l'art. 49 du projet comme contraire au principe du respect des contrats et fait valoir l'injustice d'accorder une réduction au débiteur en cas de préjudice inférieur à la peine, sans accorder au créancier une augmentation de la somme si la perte est supérieure au montant conventionnel. L'orateur conclut en ces termes : « Au milieu de ces difficultés, la
« section s'est arrêtée à une règle ; elle a pensé que, quand
« les parties ont fixé elles-mêmes le taux des dommages-intérêts, leur prévoyance ne devait pas demeurer sans effet et qu'il fallait respecter leur convention, d'autant
« plus que dans d'autres contrats on ne corrige pas les stipulations que les circonstances rendent ensuite excessives. La section propose en conséquence la rédaction suivante : « Lorsque la convention porte que celui qui man-
» quera de l'exécuter payera une certaine somme, il ne
» peut être alloué à l'autre une somme plus forte, ni
» moindre. » On est presque aux termes de l'art. 1152 actuel, il ne manque au texte que les mots « à titre de dommages-intérêts » ; ils seront ajoutés à la suite d'une observation officieuse au Tribunat (29), et l'article 1152 revêtira sa forme définitive dans le projet présenté au Conseil d'Etat, à sa séance du 26 janvier 1804 (30).

Dans la suite des travaux préparatoires, le texte n'a

(29) On a déjà fait allusion à cette remarque du Tribunat et indiqué sa portée.

(30) Fenet, T. 13, p. 178.

plus varié ; Bigot-Préameneu en exposant au corps législatif (28 janvier 1804) le projet définitif critique le texte tel qu'il avait été conçu tout d'abord avec la faculté au juge de réduire les peines excessives. Il signale à nouveau l'inconvénient de soumettre la clause à l'arbitrage du juge : « Ce serait, dit-il, troubler la foi due aux contrats. La loi « est faite pour les cas ordinaires, et ce n'est pas pour quelques exceptions que l'on devrait ici déroger à cette règle « fondamentale, que les conventions sont la loi des parties (31). »

Dans la communication officielle au Tribunat, le tribun Favard insiste sur la fonction éducative qu'entraîne nécessairement le respect du montant conventionnel. Il critique l'ancienne jurisprudence qui autorisait la réduction et signale son danger. « Elle accoutumait les hommes « à se jouer de leurs engagements, à promettre plus qu'ils « ne voulaient tenir, sûrs que les Tribunaux les favorisaient. Le projet de loi , plus sévère et plus juste, ne permet plus aux juges d'affranchir le débiteur de mauvaise « foi de la peine qu'il a stipulée lui-même et librement. Il « est du devoir du législateur de forcer les hommes à voir « des lois dans les contrats et à les exécuter avec ponctualité : moyen infaillible de les ramener à la bonne foi la « plus scrupuleuse (32). »

Et encore (33) :

« Cette disposition (l'article 1152) renferme une excellente morale en assujettissant les hommes à compter « sur l'exécution littérale de ce qu'ils ont stipulé. »

*
* *

(31) Fenet, T.13, p. 233-234.

(32) Fenet, T.13, p. 336.

(33) Fenet, T.13, p. 323.

La jurisprudence de la Cour de Cassation applique fermement le principe de la fixité de la clause pénale.

Le peu d'importance du préjudice, la bonne foi du débiteur demeurent sans influence sur la nécessité de respecter le forfait. Un arrêt de la Chambre Civile du 4 juin 1860 a cassé un arrêt de la Cour d'Agen (3 décembre 1858), qui avait réduit la clause pénale stipulée pour inexécution sous prétexte que le débiteur avait fait plusieurs tentatives pour exécuter le contrat et que le préjudice pour le créancier était minime (34).

La jurisprudence du Conseil d'Etat est conforme sur ce point à celle de la Cour de Cassation. Il juge conformément à l'art. 1152 que la rigueur de la peine n'est pas une cause de réduction ; un concessionnaire de travaux publics qui s'abstient, contrairement à ses engagements, de faire enregistrer le traité de concession, d'assurer contre l'incendie les bâtiments déjà élevés... encourt à bon droit l'application de la clause pénale prévue pour résiliation consistant dans l'attribution à la ville des constructions déjà faites, malgré la disproportion énorme entre la valeur des constructions élevées et l'importance des « infractions constatées (35) ».

A plus forte raison, *les seules idées d'équité et de clémence envers les débiteurs* sont-elles sans influence sur le *taux de la peine* ; la Chambre Civile a cassé une sentence d'un Conseil de Prud'hommes qui avait réduit l'amende prévue dans un règlement d'atelier d'une fabrique de tapis contre l'ouvrier qui avait enfreint la défense d'entrer dans la fabrique chaussé de sabots (36).

(34) D.P. 1860.1.257.

(35) Cons. d'Et. 31.7.1885, D.P. 1886.5.427, n° 17, et dans le même sens, C. d'Et. 13.7.1883, D.P. 1885.3.27 et les renvois.

(36) Civ. 14 février 1866, D.P. 1866.1.84.

Il en est de même si, au lieu d'avantager les créanciers, la clause favorisait au contraire les débiteurs. Un arrêt de 1898 a reconnu valable la clause par laquelle une compagnie de transport avait limité les dommages à payer à l'expéditeur en cas de perte de l'objet transporté au coût du transport, quelle que soit la valeur de la chose (37).

De même, la Cour de Cassation considère comme faisant la loi des parties à la clause pénale insérée dans un contrat de travail à durée déterminée ; elle met obstacle à toute réclamation supérieure de l'employé congédié (38).

L'art. 1152 n'est qu'une redite de l'art. 1134 du C. Civ. Le contrat fait la loi des parties. Il doit être appliqué à la lettre. Mais cette application soulève parfois des problèmes d'interprétation qu'il appartiendra aux Tribunaux de résoudre.

La Cour de Cassation a décidé qu'un Tribunal n'avait pas violé l'article 1152 du C. Civ. lorsqu'il avait ordonné une expertise pour déterminer la différence entre le prix convenu d'une marchandise et le cours réel au jour de l'embarquement, si la convention prévoit que la peine, en cas d'inexécution, sera calculée sur cette différence, sans pouvoir être inférieure à un chiffre déterminé. Cette expertise n'a pas pour effet de proportionner la perte au préjudice, mais d'appliquer la convention (39).

Ce serait au contraire dénaturer la convention que de substituer à une pénalité stipulée au profit d'un fournisseur de bière qui s'est réservé le monopole de fourniture de bière à un restaurateur, une indemnité calculée sur une base différente de celle prévue au contrat (40) en cas de violation du monopole.

(37) Civ. 26.5.1897, D.P. 1898.1.87.

(38) Cass. 2.2.1927, D.P. 1928.1.164.

(39) Cass. Civ. 26.6.1933, D.H. 1933.443.

(40) Cass. Civ. 8.5.1933, D.H. 1933.395.

Le caractère forfaitaire de la clause pénale interdit de garantir par une condamnation à une astreinte, l'obligation déjà garantie par une clause pénale. L'astreinte est en effet une base pour la liquidation future des dommages-intérêts. Si ces dommages une fois liquidés, atteignent un montant égal à celui de la clause, l'astreinte est inutile ; s'il est supérieur ou inférieur, l'astreinte est illégale.

Exceptions au principe de la fixité de la clause pénale.

I. — Le principe du forfait cesse de s'appliquer lorsque la clause pénale est nulle comme contraire à la loi. Dans ce cas, si le contrat est maintenu, le juge retrouve son pouvoir d'appréciation ; il alloue les dommages-intérêts selon le droit commun sans tenir compte du montant forfaitaire. Il en est ainsi lorsqu'une clause pénale souscrite à charge d'un incapable sans l'autorisation du Conseil de famille a été rescindée pour cause de lésion (41).

Ou lorsque la peine jointe à une obligation de sommes d'argent tient en échec la limitation légale du taux des intérêts.

Il en est de même des clauses qui, dans le contrat de travail, suppriment le droit de l'employé à une indemnité pour renvoi abusif ou réduisent simplement, en cas de brusque renvoi, le montant du préavis.

On ne saurait davantage prétexter de l'art. 1152 du C. Civ. pour réduire les responsabilités là où la loi interdit les clauses de non-responsabilité (42).

II. — Est-il possible d'augmenter la clause pénale en cas de dol ?

L'art. 1150 du C. Civ. aggrave la responsabilité du dé-

(41) Paris, 8.7.1882, D.P. 1883.2.93.

(42) Revue Critique 1901, p. 485 à 502, art. de M. Perreau.

biteur si c'est par son dol que l'obligation n'est pas exécutée. Il l'oblige alors à réparer tous les dommages prévus et imprévus. On s'est demandé si cet article s'appliquait au cas de clause pénale. Le principe de la fixité est-il dans tous les cas un obstacle aux modifications du quantum conventionnel ? On a récemment répondu en proposant de distinguer suivant que le dol existe dans l'intention du débiteur au moment du contrat ou s'il n'apparaît que plus tard. Efficace dans le premier cas pour aggraver la responsabilité du débiteur, il demeure sans effet dans le second. Cette théorie est celle de MM. Planiol, Ripert et Esmein (43) ; ils pensent que la clause pénale ne s'appliquerait pas « si dès le début, il y avait dans la pensée des parties, la volonté de s'exonérer des conséquences du dol, mais non si des circonstances inattendues avaient rendu « après coup le montant de la clause pénale inférieur au « préjudice réel ».

Cependant, une partie de la doctrine et la jurisprudence admettent que le dol du débiteur, même postérieur au contrat, aggrave sa responsabilité. Demolombe pense que l'art. 1152, « par la place qu'il occupe dans la classification numérique après les articles 1150 et 1151, paraît « bien se référer également à l'un et à l'autre, c'est-à-dire « à la première hypothèse dans laquelle ce n'est point par « le dol du débiteur que l'obligation n'est pas exécutée, et « la seconde hypothèse dans laquelle c'est par son dol que « l'exécution n'a pas eu lieu ».

Aubry et Rau paraissent aussi admettre le dol comme cause valable de dommages-intérêts supérieurs à la clause pénale (44). Il y a, en ce cas, des dommages spéciaux pour la répression du dol. Il y a superposition de la responsabilité délictuelle à la responsabilité contractuelle (45).

(43) Traité Pratique de Droit Civil Français, T.VII, p.177.

(44) Aubry et Rau, t.IV, paragr. 309, p.190.

(45) Henri Lalou : La responsabilité Civile, II^e éd., Dalloz, Paris 1932, p. 343.

En jurisprudence, les applications sont fréquentes :

La Cour de Bordeaux a alloué à un expéditeur des dommages pour retard supérieurs à ceux prévus au contrat parce que les marchandises sont arrivées trente-six jours après le délai convenu. La Cour a interprété la convention comme devant s'appliquer à un retard de peu de jours, non à celui qui excède les limites ordinaires et occasionne un dommage considérable (46).

Avant la loi de 1896 sur les accidents du travail, il était admis que les montants des réparations dues aux victimes prévus dans les règlements d'atelier, pouvaient être augmentés lorsque la victime établissait à charge de l'employeur un dol ou une faute lourde assimilable au dol (47).

En 1936, la Cour de Paris a déclaré fondée la réclamation au delà de la clause pénale d'un expéditeur de vin contre une compagnie de chemin de fer qui avait placé le liquide dans un wagon avarié et impropre au transport du vin (48).

*
**

Le caractère forfaitaire en Droit Mixte Egyptien.

Il est imposé par l'art. 181 du Code Civil, ainsi conçu :

« Lorsque le montant de l'indemnité, en cas d'inexécution, a été prévu par le contrat ou par la loi, le juge
« ne peut accorder une somme moindre ou plus forte. »

Il a donné lieu à bon nombre d'applications pratiques. Un arrêt de 1892 a décidé que la clause pénale prévue dans

(46) Bordeaux, 4.5.1848, D.P. 1848.2.166.

(47) Paris 16.1.1883, D.P. 1885.2.33 statuant sur un cas de faute lourde.

(48) Paris 1^o.2.1936, D.H. 1936, p.242.

une charte-partie et fixée à une somme égale au montant du fret, ne pouvait être augmentée alors même qu'un préjudice supérieur à ce montant serait établi (49).

L'acheteur d'une machine destinée à l'irrigation n'est pas recevable à se prévaloir d'un préjudice subi dans ses cultures pour retard dans la livraison de la machine, lorsqu'une clause pénale forfaitaire a fixé le montant de l'indemnité en cas de retard (50).

La jurisprudence a décidé que l'expéditeur d'une lettre recommandée ne peut, quelle que soit la cause de la non-arrivée de cette lettre à sa destination, recevoir plus que la somme de 2 livres égyptiennes prévue au règlement de l'administration qui, entre elle et l'expéditeur, constitue un véritable contrat (51).

Dans les exemples qui précèdent, le respect du forfait avantage le débiteur. Mais il est plus fréquent de le voir avantager le créancier. L'employé engagé pour une période déterminée avec une clause pénale qu'en cas de renvoi anticipé au restant de la période, doit recevoir cette somme si son renvoi n'est dû à aucune faute de sa part (52).

L'arrêt des Chambres Réunies du 9 février 1922, en imposant la nécessité du préjudice, n'a pas dérogé à la règle du respect du forfait : L'arrêt pose le principe qu'« il « incombe au juge de rechercher si le créancier a subi ou « non un préjudice... ; tenu, dans le premier cas, d'al-
« louer la somme stipulée, *sans pouvoir l'augmenter ni*
« *la diminuer*, il doit refuser toute allocation dans le se-
« cond ».

Nous avons déjà signalé les critiques contre l'application simultanée des deux règles posées par cet arrêt : né-

(49) C. d'App. d'Alex., 1^o.6.1892, B.IV, p.207.

(50) C. d'App. d'Alex. 30.5.-1900, B.XII, p.296.

(51) Trib. Civ. d'Alex. 3.5.1913. Gaz. III, p. 161 n^o 344.

(52) C. d'App. d'Alex. 6.5.1913, B.XXV, p.356. Gaz.III, p.180,
n^o 387.

cessité d'un préjudice, et application intégrale en ce cas, de la clause pénale. Elles procèdent toutes deux d'idées rivales. La preuve d'un préjudice est commandée par la justice commutative, la clémence envers le débiteur, qui réclament une équivalence exacte entre la perte et la réparation. Le respect du forfait constitue, au contraire, le plus souvent une menace destinée à assurer au créancier l'exécution à la lettre du contrat, ou, en cas de défaillance, à lui faciliter le procès en dommages-intérêts (53).

La jurisprudence mixte, marquée d'une certaine tendance à juger en équité, s'efforce cependant de respecter le forfait. Elle condamne le débiteur au paiement de la somme entière, si un préjudice se trouve réalisé. Le juge n'a pas le droit de réduire la peine, même supérieure au préjudice. La Cour a infirmé un jugement du Tribunal Civil du Caire qui, en résiliant aux torts du vendeur un acte préliminaire de vente, a réduit le montant de la peine prévue pour résiliation (54).

Mais nous verrons que l'analyse minutieuse du préjudice a conduit les Tribunaux à y proportionner le montant des dommages, malgré la stipulation d'une clause pénale. On en trouvera un exemple important dans l'étude d'une opération fréquente en Egypte : la vente des récoltes de coton futures.

Comme la jurisprudence Française, la jurisprudence Mixte paraît admettre qu'en cas de dol le créancier puisse réclamer un montant supérieur à celui de la peine stipulée (55).

— *Peut-on allouer des intérêts sur le montant de la clause pénale ?*

(53) Sur cette fonction de la clause pénale, voir Savigny : *Le Droit des Obligations*, T.II, Paris 1863, p.423.

(54) C.d'App. Mixte d'Alex. 11.12.1923, B.XXXVI, p.75. *Gaz.XIV*, p.119, n° 185.

(55) Sol. impl. dans un arrêt du 1^o.6.1892, B.IV, p.297.

Un arrêt du 12 novembre 1931 a décidé que la pénalité conventionnelle pour déficit dans un contrat de vente de coton, ne devenant exigible qu'à partir du jugement définitif qui l'octroie, n'est pas productive d'intérêts. La raison invoquée est l'analogie avec le cas des dommages-intérêts judiciaires. Ceux-là ne deviennent exigibles qu'à la date de la décision qui les prononce ; avant cette date, ils ne sont pas liquides. A cet argument d'analogie, on a ajouté qu'augmenter de ses intérêts le montant de la peine, c'est accroître le montant des dommages conventionnels au mépris du caractère forfaitaire de la clause pénale qui impose le respect absolu du quantum stipulé.

L'argument fondé sur l'analogie avec les dommages-intérêts judiciaires perd de sa valeur quand on pense que même pour les dommages-intérêts judiciaires la question des intérêts est controversée ; à côté de décisions qui refusent d'allouer des intérêts (56), d'autres, plus nombreuses, statuent en sens contraire (57). On a même admis que la non-réclamation des intérêts au cours du procès principal n'entraînait pas automatiquement la déchéance de les demander par instance séparée (58). Et tandis que des arrêts fixaient pour point de départ de ces intérêts la demande en justice (59), d'autres arrêts les font courir depuis le prononcé de la décision (60), ou même depuis la signification de la décision définitive (61).

En tout cas, quand une clause pénale a été stipulée, l'argument de défaut de liquidité n'a plus de valeur, puisque les dommages sont liquidés par la convention elle-même.

(56) Arrêt précité C. d'App. d'Alex. 11.6.1923, Gaz.XIV, p. 203, n° 326.

(57) Tri. Civ. Caire, 16.12.1929, Gaz.XX, p.211, n° 204.

(58) C. d'App. d'Alex. 4.2.1930, Gaz.XXI, p.359, n° 399 (sub.XI) et l'arrêt précité du 16.12.1929.

(59) Arrêt précité du 16.12.1929.

(60) Arrêt précité du 4.2.1930.

(61) 10.4.1935, Gaz. XXVI, n° 228, p.312.

Il n'y aura pas, en l'espèce, violation de l'art. 1152. La clause pénale, dans l'intention des parties, devient exigible dès que se réalise le fait pour lequel elle a été prévue. Tout retard dans son paiement constitue un préjudice nouveau qui n'est pas rentré dans les prévisions des contractants ; ce préjudice doit être réparé conformément au droit commun par l'allocation d'intérêts sur le montant du capital à partir du jour de la demande (62).

*
**

Le droit Suisse, parmi les législations modernes, a conservé la tradition de l'ancien droit Français en soumettant à l'arbitrage du juge le montant conventionnel des clauses pénales. L'art. 163 du Code des Obligations impose au juge l'obligation de modérer les pénalités élevées : « Le « juge doit réduire les peines qu'il estime excessives. » Cette réduction est soumise en jurisprudence à des conditions strictes. Pour l'opérer, le juge tient compte de l'intérêt que la clause pénale est destinée à protéger, du dommage que l'inexécution cause au créancier, de la faute plus ou moins grande du débiteur (63). Il faut en outre que ces conditions se présentent avec un certain degré de gravité. La jurisprudence ne reconnaît à l'art. 163 qu'un caractère exceptionnel. Autant que possible, on doit préférer à l'arbitrage du juge la convention des parties.

(62) C. d'App. d'Alex. 14.5.1908, B.XX, p.220 et 3.12.1931. Gaz. XXII, p.328, n° 363.

(63) R. Dt Civ. 1933, p.1288.

CHAPITRE IV

EXÉCUTION PARTIELLE

La principale exception au caractère forfaitaire de la clause pénale est sa réduction possible en cas d'exécution partielle. L'art. 1231 du C. Civ. la consacre en ces termes : « La peine peut être modifiée par le juge lorsque l'obligation principale a été exécutée en partie. »

La règle est passée de l'ancien droit dans le Code Civil ; sur ce point, le législateur n'avait pas, pour rompre avec la tradition, les mêmes raisons qui l'ont conduit à interdire au juge la faculté générale de réduire en cas d'inexécution la clause dont le montant est excessif. La réduction pour exécution partielle apparaît comme une conséquence de l'art. 1229 du C. Civ., qui interdit de cumuler la pénalité avec l'exécution. C'était déjà le motif invoqué par Dumoulin, cité par Pothier (1) : la peine étant censée promise pour le dédommagement de l'inexécution de l'obligation principale, le créancier ne peut pas recevoir l'une et l'autre ; lors donc que le créancier a été payé par une partie de l'obligation principale, il ne peut pas recevoir la peine pour cette partie ; autrement, il recevrait l'une et l'autre, ce qui ne se doit pas.

Le principe est, d'autre part, conforme à l'intention des parties. Les contractants qui ont stipulé une peine pour le cas d'inexécution totale n'ont pas entendu, sauf manifestation d'une volonté contraire, qu'elle jouerait sans restriction si le créancier recevait en partie satisfaction.

(1) N° 350.

Le Code s'est pourtant écarté de Pothier qui, à cette occasion, avait soumis les juges à une formule rigide leur ôtant tout pouvoir de contrôle pour opérer la réduction : « La peine n'est due, avait dit Pothier, qu'à proportion et « quant à la part pour laquelle elle (l'obligation) n'a pas « été exécutée. » La formule du Code Civil est beaucoup plus large, puisqu'elle ne confère au juge qu'un pouvoir facultatif, le laissant ainsi maître d'exercer cette réduction dans la mesure qu'il avisera ; elle paraît à cet égard préférable à la règle ancienne. Entre l'exécution entière, d'une part, et l'inexécution complète, d'autre part, il existe des situations intermédiaires nombreuses qui ne peuvent pas toujours être réglées par une réduction proportionnelle de la clause pénale.

Le droit Egyptien ne contient pas de disposition semblable à l'art. 1231 du C. Civ. Mais la solution est admise en vertu des principes généraux du droit. Certaines décisions (2) l'ont aussi étayée au moyen de l'art. 34 du Règlement d'Organisation Judiciaire, « qui impose au juge », en cas de silence, d'insuffisance et d'obscurité de la loi, à se conformer aux principes du droit naturel et aux règles de l'équité.

On rencontre souvent des cas d'exécutions partielles dans les contrats successifs que le débiteur n'exécute pas durant toute la période pour laquelle ils ont été conclus, tels le contrat de travail, contrat de fourniture pendant une période déterminée avec exclusivité au profit du fournisseur garantie par une clause pénale, vente dont le prix est payable en plusieurs annuités avec stipulation qu'en cas de résolution pour défaillance de l'acheteur, les sommes payées demeureront acquises au vendeur à titre de dommages-intérêts.

Dans les contrats instantanés, l'exécution partielle con-

(2) 17.4.1912, B.XXIV, p.282.

siste dans la prestation au créancier d'une partie matérielle de l'obligation (3).

L'art. 1231 n'étant pas d'ordre public, les parties peuvent y déroger expressément. L'abrogation tacite peut résulter de circonstances qui induisent à croire que les parties ont voulu appliquer l'intégralité de la clause, malgré l'exécution partielle.

La jurisprudence a appliqué ce principe à des fabricants qui s'étaient garantis par une clause pénale le monopole de certaines marchandises. Une période d'exécution régulière du traité ne saurait faire réduire contre le client l'application de la clause pénale en cas de contravention, « puisque la clause est stipulée d'une manière générale et absolue et qu'il suffisait d'une infraction se produisant à une époque quelconque de son cours pour la rendre exécutoire (4) ».

Les Tribunaux d'Egypte ont appliqué la même solution et condamné au montant de la clause pénale entière un restaurateur qui avait débité des bières de différentes marques, alors qu'il était lié envers un brasseur à ne débiter de la bière que d'une marque déterminée (5).

Il semble que l'on doive juger de la même manière les ruptures avant terme des contrats de travail à durée déterminée. La période antérieure à la rupture ne devrait pas influencer sur le montant de la clause pénale, puisque la difficulté est toujours la même pour le patron de trouver un nouvel employé, ou pour l'employé de trouver une nouvelle place.

Cependant, la jurisprudence s'inspire quelquefois des circonstances pour atténuer tantôt au profit du travailleur, tantôt au profit du patron, les rigueurs de cette clause.

On a jugé, pendant la grande guerre, que si le patron voyant diminuer ses bénéfices refusait de garder à son ser-

(3) Demogue, T.VI, p.520, n° 488.

(4) Nancy, 21.10.1895, D.P. 1896.2.180.

(5) C. d'App. d'Alex. 5.5.1926, B.XXXVIII, p.391.

vice un employé qu'il avait déjà depuis plusieurs mois, n'encourait qu'une partie de la clause pénale (6).

La Cour de Paris (7) a rendu une solution analogue au profit du patron qui avait fermé sa maison durant plusieurs mois, mais avait offert ensuite à son employé de reprendre sa place et de le conserver pendant un laps de temps supplémentaire.

Le Tribunal de la Seine (8) a réduit, eu égard à sa période de services antérieurs, la peine stipulée contre un ouvrier renvoyé avant terme à la suite d'une condamnation pénale (9).

La recherche de l'intention des parties est, en cette matière, question de fait qui relève de l'appréciation souveraine des juges du fonds.

Pour décider de la réduction de la clause pénale, l'exécution partielle doit être acceptée par le créancier. C'est l'application des art. 1244 et 1220 du C. Civ. ; le paiement d'une chose, même divisible, doit être exécuté entre créancier et débiteur comme si elle était indivisible ; le débiteur ne peut forcer le créancier à n'accepter qu'une partie de sa dette (10). A un paiement partiel, le créancier peut préférer la totalité de la clause pénale. On a même admis que cette acceptation du paiement partiel ne faisait pas obstacle à l'action en résiliation ultérieure, le créancier pouvant restituer ce qu'il avait volontairement reçu pour recevoir en entier la clause pénale (11).

L'acceptation du créancier cesse d'être nécessaire lorsque la convention prévoit l'exécution par tranches succes-

(6) R. Drt Civ. année 1917, p.38. Etude de M. Wahl : l'Influence de la guerre sur la fin du louage de service.

(7) Paris, 23.4.1920, D.P. 1922.5.19.

(8) 26.12.1936, D.H. 1936, p.143.

(9) En l'espèce, l'ouvrier avait travaillé 8 ans sur 9 et le dédit était de 200.000 francs.

(10) Comp. Demolombe, T.26, n° 667.

(11) Ibid.

sives (12). L'exécution partielle entraîne alors la réduction de la clause. Il en sera de même si l'exécution qui s'est faite en dehors du créancier lui a cependant profité (13).

Le bailleur qui s'est engagé envers son locataire à faire des réparations sous une clause pénale en cas d'inexécution, peut voir cette clause réduite s'il a exécuté la plus grande partie de ces réparations (14).

L'indemnité forfaitaire prévue pour l'inexécution de travaux de ravalement et nivellement doit être réduite si ces travaux ont été exécutés en partie (15).

La clause pénale stipulée contre le locataire pour inexécution d'une promesse de vente adjointe à un bail pour indemniser le bailleur de l'indisponibilité des biens pendant la durée d'option du locataire, n'est encourue par celui-ci, en cas de résiliation du bail, que partiellement à la mesure de la durée de l'indisponibilité (16).

Un arrêt de la Cour d'Appel d'Alexandrie semble imposer que le profit du créancier, nécessaire pour entraîner la réduction de la clause pénale, doit être direct. A l'échéance d'une somme due sous une clause pénale, le débiteur fait offres réelles au créancier, que celui-ci refuse parce que ces offres sont soumises à des conditions qu'il estime injustifiées. Le débiteur dépose la somme à la Caisse du Tribunal ; la Cour juge la clause pénale encourue ; le dépôt à la Caisse ne vaut pas paiement. Il semble aussi que la clause pénale ne pouvait pas davantage être réduite, car, si l'on peut considérer comme un profit pour un créancier sa certitude d'être payé par le fait du dépôt à la Caisse, l'avantage n'était pas direct puisqu'il ne pouvait retirer la somme sans inconvénient (17).

(12) Demogue, T.VI, p.521.

(13) Ibid. p.522 n° 489. Demolombe, T.26, n° 670.

(14) C. d'App. d'Alex. 11.6.1908, B.XX, p.270.

(15) C. d'App. d'Alex. 24.6.1930, Gaz. XXII, p.356, n° 320 et B.XLII, p.577.

(16) Tr. Comm. Chaumont, 23.9.1921, D.P. 1922.5.4.

(17) C. d'App. d'Alex. 20.5.1926, B.XXXVIII, p.433.

La jurisprudence étend la règle relative à l'exécution partielle aux obligations de ne pas faire. La clause pénale sanctionnant l'obligation de ne pas quitter un local est réductible si le débiteur a, durant un certain temps, respecté la défense qui lui était imposée (18).

Effets de l'exécution partielle.

La réduction de la clause une fois admise, sur quelle base devra-t-elle être calculée ?

Il y a d'abord un cas simple : celui où les parties ont prévu le procédé de la réduction. Cette clause est fréquente dans les contrats de fourniture de plusieurs objets semblables : les parties stipulent une peine payable par objet en moins, au cas d'inexécution partielle. Les bases du calcul fixées par les parties sont, en ce cas, obligatoires pour le juge ; il doit les appliquer strictement.

Un marchand de bois qui s'est engagé à livrer un certain nombre de traverses doit supporter la clause pénale stipulée au contrat et calculée selon le nombre de traverses manquantes. A l'occasion de ce procès, la Cour de Pau a précisé que l'art. 1231 « ne saurait trouver son application » qu'en l'absence d'une convention exclusive de l'exercice « de cette faculté, convention licite et qui doit être respectée par les Tribunaux (19) ».

En Egypte, la clause prévoyant l'indemnité en cas d'exécution partielle est devenue d'un emploi unanime dans les contrats de vente de récoltes de coton futur. La convention prévoit à charge du vendeur une clause pénale calculée sur le nombre de cantars non livrés.

Dans le silence du contrat, comment se fera la réduction ?

(18) C. d'App. d'Alex. 1912, B.XXIV, p.282 et 17.4.1911, Gaz.II, 159.

(19) Pau, 10.1.1861, D.P. 1861.2.33.

A première vue, il semble qu'il faille réduire la clause pénale en proportion de l'exécution fournie ; c'est la solution généralement proposée par la doctrine (20). La Cour de Cassation adopte une formule plus large et qui paraît préférable ; les juges apprécient souverainement s'il y a eu exécution partielle et dans quelle mesure la réduction se fera. En fait, les tribunaux s'attachent à rechercher en ce cas la proportion du profit retiré par le créancier par rapport à celui que lui aurait fourni l'exécution totale, plus qu'à la valeur objective de l'exécution (21).

Dans la réduction, et quel que soit le procédé employé, le juge devra tenir compte, le cas échéant, du caractère pénal de la clause, si les parties en ont exagéré le montant dans une idée de répression, la somme à allouer pour inexécution partielle sera donc supérieure au préjudice ; en sens contraire, si la clause pénale est inférieure au préjudice, c'est-à-dire limitative de responsabilité, le juge la réduira en respectant ce caractère ; proportionner la somme à payer au créancier au préjudice qu'il subit de l'inexécution partielle, ce ne serait pas « réduire la clause pénale » au sens de l'art. 1231, mais l'annuler et y substituer l'application du droit commun (22).

Le profit retiré par le créancier étant une condition de la réduction de la peine, doit-on décider que l'absence de préjudice entraînera l'absolution du défendeur ?

L'affirmative s'impose en droit Egyptien, qui pose l'existence d'un préjudice au rang des conditions nécessaires pour rendre exigible la clause pénale. L'absence de

(20) Demolombe, T.26, n° 671.

(21) Arrêt Req. 23.5.1898, D.P. 99.1.272 dont le motif qui suit définit l'attitude de la Cour de Cassation : « Qu'en statuant ainsi, les juges du fond ... ont apprécié que l'exécution partielle de ces conventions empêchait que la clause pénale qui y était prévue reçût son exécution totale et qu'ils ont usé ainsi de leur pouvoir souverain d'appréciation en usant de la faculté qui leur était accordée par l'art. 1231 C.civ. de diminuer la peine prévue auxdites conventions. »

dommage, qui décharge le débiteur en cas d'inexécution totale, produira « a fortiori » le même résultat, si l'obligation a été en partie exécutée.

En droit Français, la solution contraire prévaudra ; même en cas d'absence de préjudice, le créancier recevra une partie de la peine. Il y a toujours un fait d'inexécution qu'on a voulu sanctionner. (Demogue, T. VI, p. 253)

Le texte de l'art. 1231, qui vise certainement le cas d'une clause pénale stipulée pour inexécution, peut-il aussi s'entendre d'une clause pénale stipulée pour le retard. M. Demogue répond par la négative (23). Et cela paraît juste d'une manière générale. Le retard dans l'exécution (partielle ou tardive) est préjudiciable au créancier. Mais la question est plus délicate lorsqu'au moment où commencera le retard, l'exécution partielle a eu déjà lieu. Il semble plus conforme à l'intention des parties d'appliquer alors l'art 1231 à la peine prévue pour le retard à moins qu'il ne résulte clairement de la convention qu'elles aient cherché à assurer, par la clause pénale, non pas seulement l'exécution, mais l'exécution totale (24). Ce système est adopté par certaines Cours d'Appel (25).

Si l'obligation principale est indivisible, l'art. 1231 s'appliquera dans la mesure où l'obligation pourra s'exécuter en partie. Si l'indivisibilité porte sur l'objet de la clause pénale, M. Demolombe (26) propose deux solutions, soit : allouer au créancier le montant total de la clause indivisible, à charge par lui de restituer au débiteur le profit qu'il a retiré de l'exécution partielle, soit laisser ce profit au créancier, à charge par lui de tenir compte au débiteur de la valeur du droit indivisible qui constitue la peine dans la proportion de la valeur du profit qu'il a retiré de l'exécution.

(23) T.VI, p.521 et note 2 : en particulier, Cass. 4.6.1860, S.1860.1.653.

(24) Paris, 25 juin 1927. Gaz. Palais, 1927.2.45.

(26) T.26, p.593.

CHAPITRE V

LA CLAUSE PÉNALE DANS LA JURISPRUDENCE DES TRIBUNAUX NATIONAUX

Les textes qui dans le Code Civil Indigène régissent la matière des clauses pénales sont les mêmes que ceux de la loi mixte et, comme eux, inspirés de la loi française.

Mais les Tribunaux nationaux se sont trouvés aux prises avec les mêmes difficultés sociales que nous avons signalées pour les tribunaux mixtes. L'inexpérience commerciale d'une certaine classe de débiteurs les a forcés à assouplir à leur profit les rigueurs qu'impose le caractère forfaitaire de la clause pénale.

La théorie générale de la clause pénale est, dans son ensemble, à peu près la même que celle appliquée par les tribunaux mixtes.

1. — Pour être licite, la clause pénale doit garantir l'exécution d'un contrat licite. La jurisprudence a rappelé cette règle à l'occasion des peines stipulées pour garantir le remboursement des sommes d'argent. Ces peines sont nulles lorsqu'elles ont pour effet de porter les intérêts au delà du taux maximum autorisé par la loi. Pour dépasser ce taux le créancier doit être à même de justifier d'un préjudice différent de celui résultant du retard dans le paye-

ment (1). Sinon, le montant de la peine doit être réduit au maximum du taux autorisé par la loi (2).

Il en est de même de la clause pénale jointe à une promesse de mariage ; elle est nulle — et cette nullité doit être prononcée d'office — puisqu'elle entrave la liberté laissée aux fiancés de reprendre leur parole jusqu'à la célébration du mariage (3).

La jurisprudence a reconnu valable la clause pénale jointe à une convention de promesse pour autrui. Le contractant qui a promis le fait d'un tiers sous une clause pénale encourt cette peine s'il ne réussit pas à faire accomplir par le tiers la prestation promise au créancier (4).

Conditions d'exigibilité de la clause pénale.

2. — Pour que la clause devienne exigible, il faut que l'événement pour lequel elle a été prévue : retard inexécution, résolution, se produise. La clause pénale stipulée pour le retard dans l'exécution d'une convention ne s'applique pas au cas de défaut d'exécution ; l'inexécution reste en ce cas soumise à l'empire du droit commun (5).

L'exigibilité de la clause pénale requiert en outre la réunion de toutes les conditions nécessaires qui rendent exigibles les dommages-intérêts.

a) le débiteur doit être en demeure (6), si une personne s'engage à exécuter des réparations à la maison d'une autre dans un délai déterminé sous peine, en cas d'inexécution dans ledit délai, de payer une indemnité, cette indemnité n'est due qu'après la mise en demeure de

(1) Trib. Sommaire Louxor, 21.4.1915, B.O. XVII.79.

(2) Trib. Sommaire Itai el Baroud, 10.11.1924, B.O. XXVI, n° 105.

(3) Trib. App. Zagazig, 3.11.1924, B.O. XXVI, n° 75.

(4) Trib. App. Beni-Souef 9.2.1921 ; B.O. XXIII, n° 79.

(5) Trib. Sommaire Mansourah, 17.11.1919, B.O. XXI, n° 60.

(6) Arrêt des Chambres Réunies de la C. d'App. 2.12.1926, B.O. XXVII, n° 101.

l'obligé (7), sauf clause contraire, ou reconnaissance formelle par le débiteur de sa faute (8).

b) le débiteur est libéré si l'inexécution ou le retard sont dus à *la faute du créancier* : la Cour d'Appel Indigène a fait une application intéressante de cette idée au cas où le créancier crée par ses façons d'agir, des équivoques sur le point de savoir s'il entend requérir l'exécution de l'obligation principale ou de la clause pénale. Un bailleur de terrains stipule le droit à son profit, en cas de retard dans le paiement des loyers, de reprendre les terres avec les récoltes qui s'y trouveraient. S'il tolère ce retard en n'exerçant pas immédiatement cette faculté, il doit, s'il reprend les terrains par la suite, tenir compte au fermier des frais de culture exposés par lui, dans la croyance que le créancier avait renoncé à son droit de reprise (9).

La jurisprudence a également considéré en faute le bailleur, créancier d'une clause pénale contre son locataire en retard dans le paiement des loyers, si ce retard est la conséquence d'une saisie pratiquée sur les récoltes à la requête du bailleur. Cette mainmise sur les récoltes met le preneur dans l'impossibilité de payer au délai convenu (10).

Cette dernière extension de la faute du créancier n'est guère justifiable en droit. Ne commet pas une faute le créancier qui, non payé, recourt à une saisie pour garantir ses droits. D'autre part, cette saisie ne met pas le locataire dans l'impossibilité absolue de payer. Il pourrait se fournir en argent ailleurs et régler ses créanciers.

3. — Il faut, en outre, un préjudice :

On rencontre, dans la jurisprudence indigène, des hésitations à ce sujet, comparables à celles signalées en étu-

(7) C. d'App. 24.1.1926, B.O. XXVII, n° 44.

(8) Trib. d'Alex. 20.12.1923, B.O. XXVIII, n° 116/11.

(9) C. d'App. 29.3.1920, B.O. XXII, n° 95/11. Comp. Demogue, T.VI, p. 506, n° 474.

(10) C. d'App. 20.12.1908. B.O. X, n° 77.

diant la jurisprudence mixte, quoique d'une portée moindre. A part de rares exceptions, les tribunaux nationaux ont appliqué avec constance le principe de la nécessité du préjudice. On peut citer en ce sens de nombreuses décisions : C. d'Appel 29.11.1910 — B.O. XII n° 24 et C. d'Appel 10.11.1915 — B.O. n° 29. Ces arrêts ont déclaré que la clause pénale étant la compensation des dommages-intérêts que le créancier souffre de l'inexécution du contrat ne peut être accordée que si un préjudice a été effectivement souffert, malgré l'art. 123 du C. Civ. qui consacre le principe de la fixité de la clause.

En sens inverse, un arrêt du 20.2.1911 — B. O. XII n° 69 a jugé que l'indemnité stipulée dans une clause pénale est due, qu'il y ait ou non préjudice, que ce principe résulte de l'art. 123 C. Civ. qui dispose que le tribunal ne peut accorder une indemnité moindre ou plus forte que celle stipulée. Mais cet écart s'explique par une circonstance de fait spéciale à l'espèce jugée : l'indemnité prévue pouvait profiter indifféremment à l'une ou à l'autre partie. Cette égalité des parties, quant à l'application de la clause pénale, lui enlevait tout caractère léonin. La Cour pouvait donc l'appliquer sans crainte de violer l'équité.

On peut citer, toujours dans le même sens de la non-nécessité du préjudice, une décision du Tribunal de Beni-Souef (25.1.1921 — B. O. XXII n° 146/1).

Mais c'est la règle inverse qui est généralement suivie. Une décision a même admis que le débiteur pouvait arrêter l'action en réclamation du préjudice en offrant de le réparer avant le prononcé du jugement (11).

Le principe a reçu sa consécration définitive dans un arrêt toutes Chambres Réunies du 2.12.1922 — B. O. XXVII n° 101, qui a posé les règles concernant l'application de la clause pénale. Aux termes de cet arrêt, pour que l'art. 123 du C. Civ. Indigène soit applicable, il faut :

(11) Trib. Sommaire Attarine 19.4.1925, XXVI, n° 106.

1° que le débiteur soit en demeure de s'exécuter, sauf dispense formelle dans le contrat ;

2° que le défaut d'exécution soit attribué à la faute du débiteur ;

3° que le créancier ait subi un préjudice effectif résultant directement de l'inexécution.

3. — *Effets de la clause pénale.*

1. — La jurisprudence des tribunaux nationaux maintient, en principe, l'obligation pour le juge de respecter le forfait conventionnel, une fois établi le préjudice (12).

C'est l'application de l'art. 123 du C. Civ. Indigène. La jurisprudence en a fait l'application à toutes les clauses pénales, qu'elles fussent inférieures (13) ou supérieures au préjudice.

2. — Toutefois, — et c'est là un premier trait original à la clause pénale en jurisprudence indigène, — les juges se reconnaissent le droit de réduire les peines qu'ils estiment excessives, ce qui se produirait si, à raison de son montant exagéré, la clause pénale leur paraît présenter le caractère comminatoire. Pour apprécier le dommage en ce cas, le juge devra se référer, s'il y a lieu, au droit commun (14).

L'arrêt des Chambres Réunies du 2.12.1926 B. O. XXVII n° 101, après avoir posé que le principe est le respect du forfait, reconnaît au juge le pouvoir de réduire la

(12) C. d'App. 29.3.1920, B.O.XXII, n° 95.1 et 7.11.1924, B.O., XXVI, n° 7.

(13) La jurisprudence a déclaré licites les clauses restreignant la responsabilité des chemins de fer à l'égard des expéditeurs en cas de perte des colis transportés. (Trib. Sommaire Assiout 4.1.1920, B.O. XXIII, n° 19/11). Trib. App. Caire 2.11.1921, B.O. XXIII, n° 103).

(14) C. d'App. 18.11.1922, B.O. XXV, n° 53

clause pénale exorbitante, mais il enferme ce pouvoir dans des limites étroites :

« Cependant — peut-on lire dans cet arrêt — si le
« juge reconnaît que le montant de l'indemnité est exces-
« sif, déraisonnable, inadmissible et hors de proportion
« avec le préjudice réellement subi par le créancier, en
« d'autres termes, s'il constate qu'en réalité la clause pé-
« nale n'est autre chose qu'une clause comminatoire — et
« c'est là une question de fait et d'espèce — il pourra,
« dans ces conditions seulement, refuser d'admettre cette
« indemnité excessive et évaluer lui-même le montant du
« préjudice d'après ce qu'il lui appert des faits et des cir-
« constances de la cause. »

Ce pouvoir de réduction du juge (15), quelque louable que soit le principe dont il s'inspire, n'apparaît pas moins comme difficilement conciliable avec la loi. L'art. 123 du C. Civ. Indigène, inspiré de l'art. 1152 du C. Civ. Français, interdit d'interpréter la clause pénale, même élevée, comme simplement comminatoire. Cette interprétation ne paraît pas du reste respecter l'intention des parties ; il est peu probable qu'en insérant une clause pénale, même très élevée, celles-ci aient prévu que cette clause pourrait ne pas être appliquée à la lettre. Ce pouvoir de contrôle du juge constitue en tout cas un élément d'insécurité et une brèche à la liberté contractuelle.

3. — La jurisprudence des tribunaux nationaux admet l'accroissement de la clause pénale en cas de dol ou de faute lourde (16).

(15) On remarquera que l'arrêt ne parle pas directement d'un pouvoir de réduction ; il parle d'une substitution du droit commun aux dommages conventionnels.

(16) Trib. Sommaire Assiout, 4.1.1920, B.O. XXIII, n° 19/11, et Trib. App. Caire, 2.11.1921, B.O. XXIII, n° 103.

Retard et exécution partielle.

4. — L'exécution partielle est admise comme cause de réduction du forfait conventionnel ; il en est ainsi quand la clause pénale est stipulée pour inexécution ; et aussi quand elle prévoit le cas de retard (17).

Cette dernière remarque n'offre plus d'intérêt depuis l'arrêt des Chambres Réunies du 2.12.1926. D'après cette décision, le juge est autorisé — et c'est là un second trait original de la jurisprudence indigène — à réduire dans tous les cas la clause pénale prévue pour le retard, qu'il y ait eu ou non exécution partielle. Ainsi la différence entre l'inexécution totale d'une part, et l'inexécution partielle et le retard, d'autre part, consiste en ce que le juge est, en principe, lié dans le premier cas par ce qui a été convenu entre les parties, mais qu'il dispose dans le second cas d'un pouvoir discrétionnaire pour évaluer l'indemnité à allouer au créancier proportionnellement au préjudice subi du fait de l'inexécution partielle ou du retard apporté dans l'exécution.

(17) C. App. 4.12.1912, B.O. XIV, n° 18.

DEUXIEME PARTIE

**Application de la Clause Pénale
dans certains Contrats**

CHAPITRE PREMIER

LA PÉNALITÉ DANS LE CONTRAT DE VENTE DE COTON À LIVRER, EN EGYPTÉ

1. — *Généralités.*

La vente du coton en Egypte est une des opérations principales dans l'activité économique du pays. La plus grande partie du sol de ce pays, essentiellement agricole, est affectée à la culture cotonnière. La majorité de la population y travaille et en tire sa principale ressource : propriétaires et cultivateurs, par la vente de leurs produits aux commerçants, acheteurs et commerçants par la revente à l'intérieur ou par l'exportation. Une bourse spéciale à Alexandrie fixe, pour chaque qualité de coton, le cours du marché.

La vente du coton ne revêt pas toujours la forme simple d'une opération au comptant, de marchandises présentes, prêtes à être livrées, dès le moment du contrat.

Si la vente porte sur de la marchandise présente, le vendeur préfère ne pas en fixer le prix tout de suite, mais se réserve de le déterminer d'après les cotes de la Bourse au jour qu'il lui plaira de fixer au cours d'une période convenue au contrat. Cette remise de la fixation est faite dans l'espoir d'une hausse qui augmenterait le bénéfice du vendeur.

Cette forme de vente n'est pas non plus la plus fré-

quente. Les propriétaires ne vendent pas, le plus généralement, des marchandises présentes. Ils vendent leurs récoltes futures. Sous cette forme, la vente du coton a pris en Egypte un développement considérable qui s'explique par les conditions propres à ce genre de culture.

Cette culture, en effet, sitôt qu'elle dépasse les dimensions de la petite propriété agricole que les paysans (fellahs) travaillent de leurs mains, exige des frais assez élevés auxquels il est rare que les propriétaires, généralement peu fournis en argent liquide, puissent faire face. Elle suppose l'achat de la graine (pour laquelle il existe en Bourse une cote spéciale), le labour des champs, l'achat d'engrais chimiques, enfin, au moment de la maturité, les frais onéreux de la cueillette et du triage (1).

D'autre part, peu après sa sortie de terre, la plante subit chaque année, mais à des degrés d'intensité variables, l'attaque d'un ver que, malgré tous les efforts déployés, l'on n'est pas encore parvenu à combattre chimiquement. Le procédé rudimentaire jusqu'ici employé consiste à faire parcourir méthodiquement les cultures attaquées par de longues rangées d'ouvriers (femmes et enfants surtout) qui arrachent de leurs mains les feuilles attaquées. Les dépenses occasionnées par la lutte contre le ver, grèvent parfois lourdement le budget des propriétaires (2).

Afin de se procurer du crédit, le moyen pour eux le mieux indiqué est la vente de leur récolte future contre paiement partiel d'une somme imputable sur le prix dès

(1) Le triage est une opération qui consiste à nettoyer le coton des impuretés qu'il contient (écorces arrachées en cours de cueillette, cocons gâtés, etc...).

(2) A titre d'exemple, on peut citer la récolte cotonnière de 1938 qui a été particulièrement éprouvée par le ver. Les frais occasionnés pour le combattre se sont élevés à 3 livres le feddan, soit, d'après les cours actuels du coton (janvier 1939), à la proportion moyenne énorme d'un tiers du rendement brut. Ces frais ne s'élèvent guère, normalement, à plus d'une livre au feddan.

le moment de la vente. Dans le courant de l'année, avant la maturité, ou même avant l'ensemencement, le propriétaire vend son coton futur à un commerçant en évaluant approximativement la quantité avec une marge de 10% en plus ou en moins et en se réservant d'en fixer le prix selon les mercuriales d'une époque à son choix. A la conclusion de cette vente, il reçoit un acompte sur le prix calculé à raison d'une somme déterminée par unité de poids (cantar).

A son tour, l'acheteur revend cette marchandise et une série de mutations s'ensuivent jusqu'à ce que le produit parvienne à une maison d'exportation qui l'expédie au dehors.

Le revendeur se fait généralement consentir par le nouvel acheteur des conditions semblables à celles qui le lient à son propre auteur, le propriétaire cultivateur. Mais la première opération diffère d'avec les autres : la vente par un propriétaire est généralement, au moins en ce qui le concerne, une opération de nature civile ; la revente est, à l'égard des deux parties, acte de commerce. La responsabilité du propriétaire pour livraison d'une quantité inférieure à celle prévue au contrat ne se pose généralement que si le déficit est supérieur à 10% de la quantité prévue, l'évaluation d'une récolte future ne pouvant se faire que d'une façon nécessairement approximative et le propriétaire vendeur étant généralement censé ne vendre que le coton provenant de sa récolte. Le commerçant revendeur est, au contraire, responsable (sauf convention contraire) de toute la quantité promise, car, en cas d'inexécution partielle de ses vendeurs, il lui est loisible de compléter ailleurs par d'autres acquisitions, la quantité qu'il s'est engagé à livrer.

Il importe, pour l'étude qui va suivre, de retenir cet usage : celui qui achète du coton à un cultivateur le revend aussitôt à d'autres commerçants à des conditions semblables à celles qui le lient à ses propres auteurs, car la réglementation juridique du contrat tient compte de cet usage.

Ces ventes de récoltes futures posent nécessairement pour l'acheteur la question d'une garantie à l'exécution. Cette garantie lui est fournie par une clause pénale contre le vendeur au cas d'inexécution totale ou partielle.

La forme et le taux de cette clause pénale varient selon la nature de l'intérêt à protéger. Elle consiste, d'habitude, dans le paiement d'une somme d'argent (50, 100 ou même 200 piastres) par cantar non livré à l'échéance.

Si le contrat fixe un prix de vente, ou si ce prix doit être fixé avant la livraison, il arrive que l'acheteur, pour se mettre à l'abri d'une hausse ultérieure qui aggraverait ses engagements envers ses propres acheteurs, s'il a, à son tour revendu, mette à charge de son vendeur la différence entre le prix convenu et le prix au jour de la livraison. Cette clause dite « de différence de prix » est généralement conçue en ces termes : « Dans le cas où le prix aurait déjà « été fixé et qu'il survienne une hausse, le vendeur devra « payer à l'acheteur la différence entre le prix fixé et celui « des contrats du dernier jour qui avait été fixé pour la « livraison, et ce, indépendamment de Livres Egypt... « par cantar non livré. »

Il existe enfin certaines maisons spécialisées dans le traitement du coton qui, par des classifications et des sélections savantes, sont parvenues à obtenir une graine spéciale produisant un coton d'une qualité nouvelle dont elles entendent s'assurer le monopole. Elles prennent soin alors, en vendant la graine au cultivateur, d'acheter d'avance tout le produit de sa récolte future qu'elles évaluent approximativement, sous une clause pénale d'un montant très élevé (5 livres et parfois davantage) par cantar non livré.

Ces différentes clauses ont donné lieu en Egypte à une jurisprudence nombreuse ; les Tribunaux leur ont généralement appliqué sous certaines différences qui seront signalées les mêmes règles qui gouvernent les dommages-intérêts et la clause pénale en général : imputabilité de

l'inexécution au débiteur, mise en demeure, préjudice et enfin, sous certaines réserves, obligation pour le juge de respecter le forfait conventionnel.

2. — *Faute du débiteur.*

La défaillance fautive du débiteur est une condition essentielle à sa responsabilité. Selon le droit commun des contrats la faute est ici présumée. La peine sera encourue si le vendeur ne justifie pas l'inexécution en établissant la faute du créancier ou d'un tiers, le cas fortuit ou la force majeure.

Cette dernière cause d'exonération est, en pratique, la plus souvent invoquée. L'étude des arrêts révèle que les débiteurs expliquent souvent leur inexécution totale ou partielle par des conditions climatiques défavorables à la culture, par les maladies de la plante, en particulier l'attaque du ver, autant de facteurs qui réduisent, indépendamment de leur volonté, le rendement prévu.

Il paraît douteux, tout d'abord, que les raisons invoquées constituent indistinctement, des cas de force majeure. Tout au plus pourrait-on l'admettre de certaines conditions atmosphériques, encore que ces cas, fort rares en Egypte, surtout à l'époque de la culture du coton, enlèvent à la question son intérêt pratique. L'attaque par le ver ne saurait être qualifiée de même. Elle ne revêt pas le caractère d'obstacle insurmontable qu'implique la force majeure. Il est rare qu'elle se présente avec une violence qui mettrait en échec tout moyen pour le combattre. Elle peut rendre ces moyens plus onéreux (quelquefois même, très onéreux), mais cette raison ne doit pas décharger le débiteur de son obligation.

Du reste, la plupart des contrats prévoient ces différentes hypothèses et mettent à charge des vendeurs les cas

fortuits et la force majeure (3). Dans le silence du contrat, la jurisprudence se montre sévère pour le vendeur. La protection de l'acheteur s'impose car nous savons qu'en général il a, à son tour, revendu en promettant de livrer à une époque qui suit de près celle où lui-même est censé recevoir ; aussi, oblige-t-elle le vendeur-propriétaire, si pour des raisons indépendantes de sa volonté, il prévoit qu'il ne pourra pas faire face à ses engagements, d'en prévenir son co-contractant assez tôt pour lui permettre de constater les causes du déficit allégué, et de compléter en se fournissant ailleurs la quantité promise (4). Le contrôle des causes de la défaillance du débiteur est nécessaire pour décider de l'application de la clause pénale selon la valeur du motif invoqué. La libération du débiteur se trouve ainsi soumise à la double condition que sa défaillance soit due à un cas fortuit ou de force majeure et qu'il ait avisé l'acheteur en temps opportun (5). A défaut de quoi, il engage sa responsabilité et encourt la clause pénale.

On a fait observer (6). — avec raison — qu'en imposant l'obligation d'avertir son vendeur pour lui permettre de contrôler la raison du déficit, la jurisprudence imposait une preuve qui s'écarte des moyens ordinaires que la loi prévoit : enquête, expertise... C'est vrai, mais la preuve imposée paraît plus efficace, et peut-être la seule efficace, pour protéger l'acheteur. Seul, l'avis immédiat lui permettra de se couvrir en achetant ailleurs la quantité de coton

(3) Formule employée : « A défaut de livraison dans les délais fixés, même si le retard provient d'un fait indépendant de la volonté du vendeur, ou d'un cas fortuit ou de force majeure, l'acheteur a le droit de prendre ou non consignation et celui de réclamer une indemnité fixée d'accord des parties à 100 piâtres par cantar non livré. »

(4) 3.3.1910, B. XXII, p. 169, 10.3.1910, B. XXII, p. 24.

(5) C. d'Appel d'Alexandrie. 18.2.1932, B. XXXIII, p. 192. Gaz. XXII, p. 322.362 (6^e arrêt) ; — 1.12.1932, Gaz. XXV, p. 105.102.

(6) L. Bassard. Des contrats d'achat et vente ferme de coton à livrer entre maisons de commerce et propriétaires cultivateurs. Gaz. XXII, p. 311.

que désormais il est sûr de ne pas recevoir de son premier vendeur ; la solution de la jurisprudence répond donc le mieux aux usages du pays.

3. — *Mise en demeure.*

Les règles de la mise en demeure sont ici conformes aux principes du droit commun ; la pénalité ne court pas contre le vendeur défaillant qui n'est pas en demeure de livrer ; pratiquement, on pourrait insérer des dispenses contractuelles de mise en demeure, mais le résultat de ces dispenses demeurerait restreint ; dans la plupart des cas, en effet, la dette du vendeur est quérable ; la livraison a lieu dans son ezbeh (ferme). C'est là où l'acheteur doit venir prendre consignation. Si cet acheteur est dispensé de mettre en demeure, il devra donc justifier tout au moins, qu'à la date prévue pour la livraison, il s'est présenté, mais en vain, pour se faire consigner la récolte promise. Il aura donc toujours une formalité à remplir.

La jurisprudence française se montre plus large que la jurisprudence égyptienne sur la nécessité de la mise en demeure pour livrer l'objet vendu quand la vente porte sur une récolte future. La demeure résulte du fait de la maturité ; l'obligation de livrer une récolte future pourrait être comprise parmi celles qui, aux termes de l'article 1146 du C. Civ. Français, ne peuvent être données ou faites que dans un certain temps que le débiteur a laissé passer ; on ne peut livrer une récolte future qu'après l'avoir détachée du sol et cette époque constitue par elle-même la demeure du débiteur.

Ce raisonnement dont on trouve l'écho dans un arrêt de la Chambre des Requêtes (Req. 23 février 1858 — D. P. 1858 1. 391) n'est pas admis en droit Egyptien.

Mais on a tenté d'aboutir à la dispense de mise en de-

meure en invoquant l'art. 418 du C. Civ. Mixte qui dispose : « En matière de vente de marchandises et d'effets mobiliers, quand un terme est convenu pour le paiement du prix et pour la prise de livraison, la vente est résolue de plein droit si le prix n'est pas payé aux termes fixés et *sans qu'il soit besoin de sommation.* » Mais on a répondu à bon droit que cette résiliation sans mise en demeure ne pouvait jouer au profit de l'acheteur : lui en accorder le bénéfice, c'est l'autoriser à tirer parti d'une faute qu'il a commise en ne payant pas à l'échéance le prix convenu (7).

Cette dispense légale de mise en demeure ne peut profiter qu'au vendeur. Si à l'échéance, l'acheteur ne se présente pas pour retirer les récoltes dans les conditions prévues au contrat, le propriétaire-vendeur est automatiquement libéré de ses obligations et il pourra disposer autrement du coton qu'il avait vendues (8). L'inexécution du premier contrat n'entraînera pas alors, contre lui, l'application de la clause pénale.

4. — *Préjudice.*

La troisième condition, c'est le préjudice. La pénalité n'est pas encourue si l'acheteur qui n'a pas reçu livraison ne justifie pas d'une perte. C'est l'application du droit commun des dommages-intérêts que l'arrêt des Chambres Réunies de la Cour du 9 février 1922 a étendu au cas de la clause pénale.

Dans les contrats de vente de coton, cette notion de préjudice est passée par différentes phases qui marquent un élargissement progressif du moyen de preuve qu'à l'origine la jurisprudence voulait rigoureuse.

(7) V. jugement Trib. Mixte Mansourah, 6.6.1927, Gaz. XVII, p. 83, n° 105.

(8) C. d'App. d'Alex. 5.4.1917, Gaz. VII, p. 129, n° 389.

Dans les premiers arrêts (rendus, semble-t-il, à l'occasion de dommages-intérêts judiciaires, mais pour la clause pénale le principe aurait été le même), la jurisprudence a limité la notion de préjudice à la différence entre le prix fixé au contrat et celui à l'époque de la livraison. Donc, pas de préjudice si depuis le contrat jusqu'à l'époque de la livraison la cote en Bourse accuse une baisse constante (9), car l'acheteur qui n'a pas reçu livraison pourra, pour faire face à ses propres engagements, acheter du coton à un prix meilleur que celui convenu avec son premier vendeur. Il n'aura donc pas à se plaindre du marché inexécuté.

La règle est générale pour toutes les ventes à livrer, qu'elles portent ou non sur du coton (10).

Mais elle ne peut plus s'appliquer avec la même facilité lorsque le prix n'a pas été fixé dans le contrat ; le cas se présente si les parties conviennent de laisser la détermination du prix au choix du vendeur au jour qu'il fixera au cours d'une période prévue, après la livraison. Il manque alors un des termes pour établir la différence. Les tribunaux, s'inspirant des usages, ont alors tenu compte du prix du coton en Bourse dans les quelques jours qui suivent le terme fixé pour la livraison ; c'est en effet durant ces quelques jours que l'acheteur est censé acheter de la marchandise semblable pour faire face à ses propres engagements ; si donc il établit la survenance d'une hausse au cours de cette époque qui suit de près le terme prévu pour livrer, la différence entre ce prix et celui au jour de la livraison établira, comme dans le premier cas, le préjudice (11).

(9) C. d'App. d'Alexan. 31.1.1901, B.XIII, p.134 (le principe y est nettement affirmé).

(10) Trib. Civ. d'Alex. 21.2.1917, B. XXIX, p. 309 ; 2.2.1916, B.XXVIII, p.136 ; B.XXV, p. 376 ; B.XIV, p. 264.

(11) L. Bassard, article précité, Gaz. XXII, p. 316.

La différence des prix, élément principal du préjudice, n'est pas forcément le seul.

La jurisprudence réserve à l'acheteur le droit d'établir qu'il a encouru d'autres pertes, ou manqué d'autres gains, qu'une baisse subséquente du cours n'a pas pu effacer (12).

Malgré ce correctif, la règle en vigueur offrait, en pratique, des difficultés d'application et des lacunes. L'intérêt des parties n'était pas suffisamment protégé : l'acheteur, s'il y avait baisse, perdait toute indemnité ; si, en fait, il avait subi un préjudice, indépendant de la différence des prix, celui consistant, par exemple, dans la perte des bénéfices commerciaux escomptés, il ne pouvait obtenir réparation en raison de difficultés de preuves pratiquement insolubles. S'il y avait hausse, au contraire, la présomption de préjudice devenait irréfragable contre le vendeur, puisqu'elle puisait ses éléments dans un rapport de droit (la revente par son acheteur à un tiers) qui lui est étranger. Comment pouvait-il en fournir la preuve contraire ? Une réforme paraissait nécessaire. Elle apparut dans une décision du 13 février 1930 (13) qui engage dans une phase nouvelle la notion du préjudice.

La jurisprudence part toujours de cette présomption que l'acheteur, sitôt conclue une vente avec un vendeur propriétaire, est censé fixer sa position par la conclusion immédiate avec un autre commerçant d'un marché semblable ; la hausse ou la baisse ne l'intéressent donc que « très indirectement » (14) : tous les bénéfices réels résidant pour lui dans la marchandise disponible dont il attend la réception pour en réaliser ses profits, par la différence de qualité, de rendement, par le prix de la graine, après déduction du coût de l'égrenage.

(12) C. d'App. d'Alex. 27.3.1922, B.XXXIV, p. 371, et *contra-rio* : C.d'App.d'Alex. 30.11.1927, B.XL, p.54, Gaz.XVIII, p.82, n°103.

(13) C. d'App. d'Alex. 13.2.1930, Gaz.XX, p. 92.701.

(14) C. d'App. d'Alex. 13.2.1930, Gaz.XX, p.92, n° 701.

Des arrêts subséquents élargissent encore les causes du préjudice. Au bénéfice que l'acheteur espère tirer du traitement du coton, on ajoute (15) la perte des frais généraux (entretien de bureaux, agents, ouvriers, etc...), l'exposé sans retour de débours multiples pour s'assurer la conclusion de la vente (16), la différence provenant du classement des qualités (17).

Si l'acheteur ne reçoit pas le coton dont l'achat est le but unique de son travail, il reste avoir déboursé ces frais en pure perte et cette perte suffit pour l'allocation de la peine, sans avoir à tenir compte de la différence des prix.

Ces décisions ont facilité la preuve du préjudice fondé tout d'abord sur une baisse dans le prix (18).

L'acheteur est dispensé désormais de fournir, comme sous l'empire de l'ancienne jurisprudence, une preuve précise et une évaluation numérique de la perte subie. Pareillement, le vendeur ne pourra plus se décharger en alléguant qu'à raison de telle circonstance spéciale l'acheteur n'a pas subi de préjudice.

La Cour n'a pas admis l'argument que le seul préjudice éprouvé consistait dans les frais d'un report en Bourse que l'acheteur avait encaissé et qu'il n'y avait donc plus lieu d'allouer la clause pénale (19). Le préjudice résulte d'un ensemble de circonstances. Si l'une ou l'autre d'entre elles est combattue, les autres n'en subsistent pas moins et elles justifient l'allocation de la clause pénale (20).

(15) C. d'App. d'Alex. B. XLII, p. 504

(16) C. d'App. d'Alex. 26.11.1931, Gaz.XXII, p.322, n° 362.

(17) C. d'App. d'Alex. 14.5.1932, Gaz.XXII, p.322, n° 362.

(18) C. d'App. d'Alex. 3.12.1931, B.XLIV, p.43, Gaz.XXII, p.328, n° 363.

(19) C. d'App. d'Alex. 27.1.1932, Gaz.XXII, p.322, n° 362 (4^e arrêt).

(20) C. d'App. d'Alex. 4.2.1932, Gaz.XXII, p.322, n° 362 (5^e arrêt). 18.2.1932, B.XLIV, p.192, Gaz.XXII, p.322, n° 362. 20.4.1932, Gaz. XXII, p.322, n° 362 (14^e espèce).

Certains arrêts ont même admis que le seul préjudice moral que souffre l'acheteur par le manquement du vendeur à sa parole suffit pour allouer la peine ; une décision du 23 novembre 1932 (21) pose :

« qu'il ne faut pas d'ailleurs oublier que cette atteinte imposée aux vendeurs défaillants est souvent « pour les négociants acquéreurs de coton qui ne connaissent pas la moralité de leurs vendeurs, la seule garantie « de déclaration que ces derniers font au sujet de la quantité de leurs récoltes ou de celles qu'ils comptent livrer « pour se faire consentir des avances, comme aussi de « l'exécution des engagements pris de livrer cette quantité « que les négociants agissant comme intermédiaires assurent à l'égard de leurs acheteurs (22). »

L'on est ainsi tout proche du principe employé en droit Français qui dispense de discuter le préjudice quand une clause pénale est stipulée (23).

Ces principes sont aujourd'hui constamment appliqués (24). Si la jurisprudence n'invoque pas toujours le préjudice moral issu du seul fait de l'inexécution, elle maintient dans ses décisions l'argument de la perte matérielle des débours que le commerçant est obligé de supporter et qui demeurent sans contrepartie s'il n'y a pas de livraison (25). Les deux moyens aboutissent, en fait, au même résultat, puisque dans les deux cas l'acheteur n'a pratiquement pas à fournir la preuve d'une perte, cette perte résultant du seul fait de l'inexécution. Sa protection apparaît ainsi sensiblement améliorée.

(21) B. XLVII, p. 37.

(22) Dans le même sens 7.12.1932. Gaz. XXV, p. 105, n° 103.

(23) Voir les deux arrêts précités des 23.11 et 7.12.1932.

(24) Voir un arrêt du 22.12.1932, B. XLV, p. 85, qui paraît se réclamer des anciens principes.

(25) C. d'Ap. d'Alex. 8.2.1934, Gaz. XXV, p. 357, n° 375, 21.3.1934, B. XLVI, p. 219, Gaz. XXV, p. 105, n° 104.

5. — *Réparation forfaitaire.*

Mais elle n'est pas encore complète en raison d'une certaine hésitation des Tribunaux à appliquer à ce sontrat le principe du respect du forfait. Il semble cependant que le préjudice une fois admis, le calcul des dommages ne devrait pas poser de difficultés puisque le montant de la clause pénale s'impose au juge par application de l'arrêt des Chambres Réunies de 1922.

Pratiquement, il n'en est pas toujours ainsi ; il faut distinguer plusieurs cas :

a) si la clause pénale est convenue sous la forme simple d'une somme unique (50, 100 ou 200 piastres) par canhtar non livré (26), le forfait est alors observé strictement.

La Cour a infirmé, en vertu de ce principe, les jugements qui allouent des dommages supérieurs à la clause convenue sous prétexte d'une aggravation de préjudice (27).

L'indemnité se calcule sur toute la quantité promise et non livrée, sous réserve d'une déduction de 10% ; on a vu cependant quelquefois la jurisprudence limiter la responsabilité du débiteur, pour non-livraison, à la différence réelle entre la quantité produite effectivement par ses terres et la quantité promise, si cette différence était établie avec certitude. Dans ce cas, la marge de 10% peut être augmentée au profit du débiteur. Il en est ainsi notamment lorsque la quantité réellement produite est constatée dans un procès-verbal de saisie (28).

(26) C. d'App. d'Alex. 23.2.1922, B.XXXIV, p.199 et 1.12.1927, B.XL, p.60. Gaz.XVIII, p.82, n° 104, qui rappelle nettement le principe « attendu que l'indemnité en cas de non-livraison étant fixée par les parties et l'existence d'un préjudice de ce fait n'étant pas contestée, il n'appartient pas au juge de réduire cette indemnité en dépit de la convention »

(27) C. d'App. d'Alex. 11.1.1928, B.XL, p.131, Gaz.XVIII, p.

(28) C. d'App. d'Alex. 7.4.1932, B.XLIV, p.269.

b) Il en est autrement si les parties ajoutent à cette clause d'une somme fixe à payer par cantar non livré, l'obligation, pour le vendeur, de payer, à titre de dommages-intérêts en cas d'inexécution, la différence éventuelle entre le prix de vente stipulé dans l'acte et le prix coté en Bourse au jour de la livraison, s'il y a hausse. Cette clause, dite de « différence des prix », suppose donc que le prix a été fixé dans le contrat, ou plus tard, mais à une époque antérieure à la livraison.

Les conflits que soulève cette clause pénale sont résolus dans le sens de l'allocation d'un seul des deux montants, et pour justifier cette solution, la Cour s'est quelquefois basée sur l'intention des parties : une somme à payer par cantar non livré ajoutée à une clause de différence de prix ne signifie pas nécessairement que les deux indemnités seront cumulées ; elle peut être interprétée ainsi : le vendeur défaillant sera tenu de la différence des prix, sans que cette différence puisse être inférieure à la somme fixée à titre de peine.

La clause de la somme fixe à payer équivaldrait ainsi à une clause de minimum ; elle n'aurait aucune application si les dommages réclamés et consistant dans la différence des prix atteignaient un montant supérieur à celui qu'elle prévoit (29).

L'interprétation paraît peu convaincante ; on ne saurait voir une clause de minimum là où les parties ont clairement stipulé l'application cumulative de deux sanctions. L'analyse exacte du contrat réduit en ce cas la convention à une clause pénale unique, liquidée en partie au moment du contrat (c'est la somme fixe à payer par cantar non livré) et dont l'autre partie sera liquidée à l'époque de la livraison sur une base établie dans le contrat. On ne doit donc pas en diviser l'application.

C'est d'un autre motif que s'inspire en réalité cette ju-

(29) C. d'App. d'Alex. arrêt 4.5.1910, B.XXII, p.290.

risprudence qui limite ainsi les droits de l'acheteur. Ici, comme dans les autres cas de clause pénale, elle reste dominée par le principe : pas de dommages sans préjudice. Or, ce dommage se trouve en entier réparé par le payement de la différence des prix. En effet, d'après les usages commerciaux qui régissent le contrat, cette indemnité dite de « différence des prix » renferme en réalité la différence des prix en cas de hausse et tous les bénéfices légitimement espérés par l'acheteur (30). Il n'y a donc pas la contre-partie économique nécessaire pour l'allocation de la clause pénale d'une somme fixe à payer par cantar non livré (31).

La jurisprudence a souvent invoqué ce dernier argument depuis l'arrêt des Chambres Réunies de 1922. Et c'est par un rappel à cette décision qu'elle supprime l'application de l'une des clauses (32).

Pourtant, il semble, au contraire, que l'arrêt des Chambres Réunies doive imposer la solution inverse ; car s'il interdit au juge d'allouer la clause pénale pour défaut de préjudice, il lui impose de l'appliquer intégralement dans le cas contraire, sans se préoccuper d'établir un rapport entre le dommage et la réparation.

Un préjudice matériel, si petit soit-il, est une cause suffisante pour l'allocation de la clause pénale entière. Si donc, le défaut de livraison du coton promis entraîne une perte pour l'acheteur (et nous savons qu'aux termes des derniers arrêts il en est pratiquement toujours ainsi), cette perte, même de peu d'importance, doit justifier l'allocation de la peine contractuelle tout entière, qui comprend aussi bien la différence des prix que l'indemnité fixe pour chaque cantar non livré.

(30) C. d'App. d'Alexandrie. 16.12.1926, B.XXXIX, p. 94, Gaz. XVII, p.56, n° 77.

(31) C. d'App. d'Alex. 31.3.1927, B.XXXIX, p. 364, et 18.3.1926, B.XXXVIII p.295, Gaz. XVII, p. 56, n° 97.

(32) Voir par ex. l'arrêt précité du 18.3.1926, B.XXXVIII, p.295.

Les arrêts consacrent néanmoins à l'unanimité la solution opposée (33).

Puisque les deux montants ne se peuvent cumuler, auquel des deux le créancier aura-t-il droit ?

Dans l'arrêt précité du 4 mai 1910 (B. XXI p. 290), la Cour avait commencé par déclarer que c'était la clause relative à la différence des prix qui devait, en principe, s'appliquer, mais le montant de cette différence ne peut être plus bas que la somme convenue, qui fixe ainsi un minimum de réparation.

Dans une décision postérieure (34), la jurisprudence assigne à cette clause fixe d'une somme à payer par cantar non livré, une fonction inverse. Elle en fait une limite maximum. C'est toujours la clause de différence de prix qui doit, en principe, s'expliquer, mais cette différence ne peut s'élever au-dessus de la somme fixe convenue.

Mais ériger en principe que la responsabilité du débiteur ne peut s'élever au-dessus d'une somme fixe, c'est lui permettre de se dérober à l'obligation de livrer le coton chaque fois que la hausse du prix dépasse le montant de la somme convenue. Dans cette hypothèse, le vendeur aurait toujours intérêt à revendre le coton pour son compte ; le montant de sa responsabilité à l'égard de son premier acheteur sera toujours inférieur aux bénéfices qu'il tirera de cette revente (45).

C'est pour éviter ce danger que la jurisprudence a été amenée à accorder au créancier un droit d'option entre ces deux montants ; elle les considère indépendants l'un de l'autre ; la somme fixe n'est pas ainsi une limite maxi-

(33) C. d'App. d'Alex. 6.5.1926, B.XXXVIII, p. 395, Gaz.XVII, p. 56, n° 78 ; 16.12.1926, B.XXXIX, p.94. Gaz.XVII, p.56, n° 97 ; 31.3.1927, B.XXXIX, p.364 ; 1.3.1928 B.XL, p.214, Gaz.XIX, p. 259, n° 25. 31.3.1932, Gaz.XXII, p.322, n° 362 (12^e arrêt) ; 13.6.1912 B. XXIV, p.40.

(34) Arrêt de la C. d'App. d'Alex. 11.2.1926, rendu en l'affaire inscrite sous le n° 19 du Rôle Général de la 51^e année judiciaire.

(35) Voir C. d'App. d'Alex. 18.3.1926, B.XXXVIII, p.295.

ma ou minima à la « différence des prix ». De la sorte, le vendeur toujours menacé de cette différence n'aura plus d'intérêt à l'inexécution de la première vente.

Ce droit d'option du créancier auquel la jurisprudence s'est arrêtée (36) ne paraît pas à l'abri de toute critique. La préoccupation de la jurisprudence est de ne pas allouer la clause pénale sans préjudice et de proportionner, autant que cela est compatible avec l'art. 181 du C. Civ. Mixte (art. 1152 C. Civ. Français) le montant au préjudice.

Or, à plusieurs reprises, la jurisprudence a posé que la totalité du préjudice que l'acheteur pouvait subir en cas d'inexécution et à raison d'une hausse dans le prix, et à raison de la perte des bénéfices commerciaux escomptés, était réparée par la clause de différence de prix seule :

« Attendu que, d'après la jurisprudence, la prime
« de différence de prix ne comprend pas uniquement l'é-
« cart entre le prix auquel le commerçant achète la mar-
« chandise à la Bourse et celui de son contrat avec le culti-
« vateur-vendeur, mais elle comprend aussi la différence
« de rendement, de la variété, le solde de la valeur de la
« graine et tous autres accessoires habituels de ce genre
« (voir arrêt 6 mai 1926, B. XXXVIII, p. 395).

« Attendu que, comme on le voit dans les termes « dif-
« férences de prix » sont compris non seulement la perte
« subie, mais aussi le bénéfice manqué, et il ne dépendait
« que de l'acheteur de fixer tous ces éléments constitutifs
« de la perte subie et du bénéfice manqué dans l'établis-
« sement de son compte.

« Attendu qu'il appert de là que si dans la différence
« de prix, il y a perte subie et le bénéfice manqué, la
« somme fixe de piastres : 100 par cantar non livré devient
« sans cause. » (Arrêt du 16.12.1926, B. XXXIX, p. 95.)

(36) Voir les arrêts cités page précédente, note 1.

(37) C. d'App. d'Alex. 16.12.1930, B. XLIII, p. 98, Gaz. XXII, p. 329, n° 366 (1^{er} cas).

Ces prémisses devaient normalement conduire à écarter dans tous les cas la clause d'une somme fixe pour ne laisser jouer que la clause de différence des prix qui répare tout le préjudice. Peut-être que la jurisprudence a hésité devant le résultat grave où l'aurait mené cette logique : la suppression pure et simple de la clause d'une somme fixe à payer, qui ne présente par elle-même aucun caractère illicite et que rien n'autorise à ne pas respecter.

c) Cette règle du non-cumul reçoit une exception lorsqu'au souci de réaliser des bénéfices commerciaux, l'acheteur ajoute celui de sauvegarder le monopole d'exploitation d'une graine dont il est l'inventeur.

Ce contrat offre avec les précédents certaines variantes ; l'acheteur de la récolte à venir est, en même temps, vendeur de la graine au propriétaire. Les deux opérations sont généralement constatées dans un même acte. D'autre part, la marge du déficit de 10% n'est pas aussi rigoureusement observée que dans les ventes ordinaires. Notamment, le vendeur s'engage à livrer toute la quantité produite, même si elle dépasse de 10% le chiffre prévu au contrat (37). Ainsi l'exige la protection du monopole. En revanche, sa responsabilité n'est pas encourue à raison d'une livraison inférieure (même de plus de 10%) à la quantité promise, s'il justifie que le stock livré est le rendement total de ses cultures (38).

Enfin la pénalité prévue en cas de non-livraison justifiée est particulièrement sévère. Elle atteint quelquefois 5 et même 10 livres par cantar (39).

Malgré l'énormité de son montant, la Cour a reconnu la validité de cette clause, et elle en autorise le cumul avec la différence des prix quand elle est stipulée ; les deux clauses remplissant chacune une fonction différente : la

(38) C. d'App. d'Alex. 24.3.1932, Gaz. XXIV, p. 159, n° 131.

(39) Par ex. dans l'espèce C. d'App. d'Alex. 16.12.1930, B.XLIII, p. 98, Gaz.XXII, p. 329, n° 366, 1^{er} cas.

différence des prix met l'acheteur qui a revendu, à l'abri d'une hausse inopportune, qu'il est tenu de supporter en cas de non-livraison par son propre auteur ; quant à la clause qui prévoit le paiement d'une somme fixe, elle cesse d'être sans cause ; c'est-à-dire sans contre-partie économique : elle sert à garantir la livraison intégrale au vendeur du produit d'une graine sur laquelle il entend exercer un droit privatif. L'atteinte à ce droit justifie l'allocation du montant intégral. (40).

*
**

L'indemnité pour défaut de livraison produit des intérêts, si telle est la convention (41). Une incertitude marque la jurisprudence en cas de silence du contrat. Après avoir décidé, par un arrêt du 12 novembre 1931 (42) que cette pénalité ne venant exigible qu'à partir du jugement qui l'octroie n'est pas productive d'intérêts, un arrêt de la même Cour, rendu à trois semaines d'intervalle (43), dit, en sens contraire, que l'indemnité peut produire des intérêts à partir de la demande en justice. Cette dernière solution paraît préférable. L'acheteur ne doit pas souffrir de la lenteur du procès.

(40) C. d'App. d'Alex. 27.3.1930, B.XLII, p.392, Gaz.XXI, p.218, n° 258, 16.12.1930, B.XLIII, p.98, Gaz.XXII, p.329, n° 366, 1^{er} cas ; 18.2.32, Gaz. XXII, p.329, n° 366, 2^e arrêt ; 24.3.1932, Gaz.XXIV, p.159, n° 131, 27.4.1933, B.XLV, p. 253.

(41) C. d'App. d'Alex. 28.2.1934, Gaz.XXV, p. 106, n° 106.

(42) Gaz.XXII, p.328, n° 363.

(43) Ibid.

CHAPITRE II

LA CLAUSE PÉNALE DANS LES VENTES A TEMPÉRAMENT

1. — *Généralités.*

Le contrat de vente des récoltes de coton futur a montré l'importance dans l'économie égyptienne de l'élément « agriculture ». Cette importance est encore révélée par d'autres manifestations de la vie juridique ; dans ce pays, où le sol constitue la principale richesse, il existe des conventions nombreuses et variées touchant les mutations immobilières. Parmi ces conventions, il en est une qui intéresse directement une étude sur la clause pénale, c'est la catégorie des ventes à tempérament dans lesquelles les parties stipulent qu'en cas de résiliation prononcée contre l'acheteur faute de paiement d'un terme, le vendeur reprendra les biens vendus en retenant à titre de dommages-intérêts convenus et irréductibles, toutes les sommes que l'acheteur aurait payées à valoir sur le prix. Cette forme de vente est depuis longtemps pratiquée en Egypte pour la vente des terrains.

A la suite de la grande guerre, elle s'est beaucoup multipliée. On la vit alors s'appliquer à d'autres objets que les terres, mais toujours dans le domaine agricole. On vendit de la sorte, tout d'abord, le matériel mécanique nécessaire à l'agriculture (tracteurs, charrues et batteuses mécaniques). Puis, son domaine s'étendit encore et il reçut une extension considérable dans les ventes d'automobiles. Aujourd'hui, le domaine de la vente à tempérament s'est encore étendu et

il continue à s'étendre. C'est la forme la plus généralement employée pour transmettre la propriété des machines (radios, phonos, machines à coudre, etc...) avec réserve de propriété au profit du vendeur jusqu'au paiement intégral du prix. Cette clause est même devenue si « générale et constante en Egypte, que nul ne saurait être censé l'ignorer (1) ».

Dans tous ces contrats on trouve stipulée une clause du même genre que celle déjà signalée dans les ventes immobilières. Le vendeur se fait consentir le droit de retenir entre ses mains, en cas de résiliation, toutes les sommes qu'il aurait encaissées à valoir sur le prix. On peut même dire de cette clause qu'elle est devenue de style dans les ventes de cette sorte.

2. — *Validité.*

Cette convention donne lieu à des procès fréquents et la jurisprudence n'a pas tout de suite posé, en ce qui la concerne, une réglementation ferme.. Elle avait commencé, à l'origine, par en reconnaître la validité. Un arrêt de la Cour du 31 décembre 1893 fait application de cette clause qui n'a rien d'illicite, « encore qu'elle déroge à cette règle de droit « commun que la résolution de la vente entraîne des obligations de réciproques restitutions des acomptes encaissés « et des fruits perçus (2) ».

Dans le même sens, un arrêt du 27 juin 1916 (3) et un jugement du Tribunal Civil du Caire du 26 mars 1917 (4). Il est intéressant de relever dans cette dernière décision un motif qui affirme la nécessité de respecter le contrat malgré la rigueur de certaines clauses pour l'une des parties. Le

(1) C. d'App. Mixte, 15.4.1930, B.XLII, p.424.

(2) C. d'App. Mixte, 31.12.1893, B.IX, p.93.

(3) Gaz. VI, p.183, n°575.

(4) Gaz. VII, p. 129, n° 392.

« doit être déclarée valable... quand bien même la presque « totalité des termes aurait été versée à l'échéance ».

C'est en effet cette solution que paraît imposer le principe que les conventions font la loi des parties. Cette clause pénale, pour sévère qu'elle soit, ne présente pas par elle-même un caractère illicite, elle n'offre rien de contraire à la loi, ni à l'ordre public. L'art. 181 du C. Civ. Mixte permet aux parties de convenir du montant de l'indemnité en cas d'inexécution du contrat et le juge est lié par le forfait conventionnel.

Mais cette solution rigoureuse n'était guère viable dans la jurisprudence Mixte, portée à faire fléchir, au nom de l'équité, ce que la convention présente de trop onéreux pour le débiteur. On en a vu un exemple dans l'arrêt toutes Chambres Réunies du 9 février 1922 qui a imposé, pour rendre applicable la clause pénale, la nécessité d'un préjudice ; et un autre exemple dans l'impossibilité d'appliquer simultanément contre le vendeur d'une récolte de coton futur qu'il ne livre pas, la clause pénale d'une somme fixe par cantar non livré et l'obligation de payer la différence des prix. Nous allons rencontrer un troisième exemple dans la réglementation de la clause qui, en cas de résiliation d'une vente à tempérament, attribue au vendeur la totalité des termes payés à valoir sur le prix.

Les Tribunaux ont tout d'abord été frappés par la rigueur de cette clause d'autant plus onéreuse pour le débiteur qu'il s'est montré plus strict à respecter son engagement ; car, plus il aura payé d'acomptes, plus il se sera rapproché de la libération totale, plus forte sera la peine. Cet argument est très souvent invoqué dans les arrêts qui statuent sur ces sortes de vente.

On a aussi constaté que, d'autre part, le créancier ne méritait pas toujours le bénéfice important que devait lui assurer le respect à la lettre du contrat. La jurisprudence nouvelle semble, en effet, s'être établie à l'occasion de procès en résolution de vente à tempéraments initiés à la requête de l'« Agricultural Bank of Egypt » créée pour venir

en aide aux paysans Egyptiens. Pour l'aider dans l'accomplissement de sa tâche, le Gouvernement avait mis à la disposition de cette banque son propre personnel administratif et notamment ses receveurs d'impôts (sarrafs) afin de lui rendre plus facile le recouvrement de ses prêts (5).

Ainsi, la crainte d'accorder aux créanciers, dont les frais généraux se trouvaient réduits par le concours de l'Etat, des dommages exagérés, et surtout le désir d'épargner au débiteur l'application d'une obligation onéreuse, ont-ils amené la jurisprudence à une revision de cette clause.

Restait à trouver le moyen juridique d'y parvenir.

Celui auquel la jurisprudence paraît s'être le plus attaché procède d'une interprétation de l'art. 181 du C. Civ. Mixte (art. 1152 du C. Civ. Français), qui limite l'application de cet article au cas d'inexécution totale. La jurisprudence tire l'argument des termes mêmes de l'art. 181 : « Lorsque le montant de l'indemnité, *en cas d'inexécution*, « a été prévu par le contrat ou par la loi, le juge ne peut « accorder une somme moindre ou plus forte. » Seule donc la clause pénale prévue pour inexécution (c'est-à-dire pour inexécution totale) lie le juge. Celui-ci reprend son libre pouvoir d'appréciation lorsqu'il y a, de la part du débiteur, exécution partielle. Or, dans les ventes à tempéraments, lorsque l'acheteur a payé certains termes, il y a exécution partielle. Ce pouvoir du juge de réduire la clause pénale en cas d'exécution partielle a été consacré à plusieurs reprises par des arrêts de la Cour Mixte et par un arrêt toutes Chambres Réunies de la Cour d'Appel Indigène. Une décision de la Cour d'Appel Mixte du 26 juin 1928 (6) invoque l'arrêt de la Cour plénière Indigène (2 décembre 1926 B. O. XXVII, p. 101) qui définit en ces termes le pouvoir du juge :

(5) Jugt Trib. Civ. Mansourah, 6.2.1923. Gaz.XIV, p.33, n° 49.

(6) B.XL, p.464, Gaz.XX, p.91, n° 99.

« Ces trois conditions (mise en demeure, faute du débiteur, préjudice pour le créancier) doivent aussi exister pour rendre exigible la clause pénale en cas d'inexécution partielle ou de retard dans l'exécution. La différence entre ces deux cas et celui du défaut d'exécution entière est que le juge n'est pas lié dans les deux premiers cas par ce qui a été convenu entre les parties, mais dispose, au contraire, d'un pouvoir discrétionnaire pour évaluer l'indemnité à allouer au créancier proportionnellement au préjudice subi du fait de l'inexécution partielle ou du retard apporté dans l'exécution. »

En vérité, ces arguments sont peu convaincants. Le principe d'où procède cette jurisprudence pour réduire les obligations de l'acheteur est lui-même discutable. Que l'application de cette clause pénale puisse être, dans certains cas, rigoureuse pour le débiteur, cela n'est pas suffisant pour la déclarer nulle et en écarter l'application.

Si cette clause est onéreuse pour le débiteur, qu'elle châtie d'autant plus durement qu'il s'est montré de bonne foi, il ne faut pas perdre de vue l'intérêt du créancier dont le préjudice est, par contre, d'autant plus important qu'il est resté plus longtemps dépossédé de sa chose ; ce retard expose l'objet vendu à des risques de détérioration et de perte qui augmentent avec le temps. L'argument est particulièrement frappant quand l'objet vendu est un meuble, une machine. Que de fois n'a-t-on pas vu, au moment des saisies-revendications qu'exercent les créanciers en cas de défaillance de leur débiteur dans le paiement d'un terme, ces machines réduites à un amas de ferrailles.

Quant à l'argument de texte, il est encore moins concluant ; il est vrai, que l'art. 181 du C. Civ. Mixte n'impose au juge le montant de la clause pénale que si l'inexécution est totale. Mais encore faudrait-il que cette clause pénale ne vise que l'inexécution totale.

Il serait, en effet, dans ce cas, contraire à la loi des par-

ties de condamner le débiteur qui a exécuté en partie son obligation, à une peine prévue pour l'inexécution totale ; mais ce pouvoir du juge cesse lorsque les parties ont elles-mêmes prévu les dommages dus au créancier en cas d'exécution partielle.

Telle est bien la nature de la clause qui, dans les ventes à tempérement, met à charge de l'acheteur, à titre de dommages-intérêts, la totalité des sommes payées en cas de résolution. La loi du contrat devrait, en ce cas, l'emporter sur le pouvoir de contrôle des tribunaux.

La solution de la jurisprudence méconnaît, en réalité, la loi du contrat. La Cour elle-même s'est vue obligée de le reconnaître dans un arrêt important (7) rendu sur l'application d'une clause de cette nature. Elle s'exprime ainsi :

« La clause litigieuse, en raison de son caractère for-
« faitaire parfois inéquitable, a poussé les Tribunaux à exer-
« cer leur juridiction équitable, même à l'encontre des in-
« tentions expresses des parties. »

Et dans un autre arrêt, en la même matière, elle déclare que les juges conservent « leur droit et le devoir de con-
« trôle, afin de mesurer l'indemnité à accorder au vendeur
« pour le préjudice subi (8) ».

Mais ces considérations d'équité sont-elles suffisantes ? L'art. 11 du C. Civ. confère au juge le pouvoir de juger en équité ; mais il en restreint l'application au « cas de silence, « d'insuffisance ou d'obscurité de la loi ». Aucune de ces trois hypothèses ne se rencontre ici. Le recours à l'équité est ici dirigé contre la loi puisqu'il tient en échec le principe de l'autonomie de la volonté et du respect des conventions.

(7) C. d'App. d'Alex. 14.4.1931, B.XLIII, p.349, Gaz.XXII, p.319,
n° 355.

(8) C. d'App. d'Alex. 19.3.1929, B.XLI, p. 307.

La jurisprudence française valide ces clauses, contrairement à la jurisprudence Égyptienne, et en conformité avec l'art. 1134 du C. Civ. (9).

On a même vu une jurisprudence étrangère valider des clauses bien plus rigoureuses pour l'acheteur (10). Il était convenu qu'en cas de non-paiement d'un terme dans une vente à tempérament, le vendeur aurait le droit de reprendre la chose vendue, de garder les acomptes versés et même de réclamer le solde du prix. La jurisprudence canadienne a observé qu'aucun texte ne défend l'insertion de semblables conditions dans un contrat où les risques de perte sont surtout du côté du propriétaire de la machine vendue.

Le droit Suisse, à l'inverse, n'admet pas la validité de cette clause, mais cette solution est imposée par le Code Civil de 1907 qui limite, dans son art. 227 les dommages-intérêts à payer au vendeur, à un « loyer équitable et à une indemnité pour détérioration de la chose ». Les obligations plus étendues à charge de l'acheteur sont nulles et de nul effet (art. 221).

3. — *Effets de l'annulation de la clause pénale.*

Deux remarques préliminaires :

a) cette clause pénale, prévue au cas de résolution de la vente, ne s'applique que si le vendeur demande la résolution. Elle demeure sans effet si le créancier, optant pour l'exécution, assigne en paiement du solde du prix (11).

b) les effets qui vont être indiqués n'atteignent que la

(9) Orléans, 13.5.1925, D.H. 1925, p.479.

(10) Cour du banc du Roi, à Montréal, 30 Juin 1924, rapp. à la R. Tr. de Droit Civil, p. 434, année 1925.

(11) C. d'App. d'Alex. 27.12.1932, Gaz.XXIII, p.366, n° 348.

clause pénale consistant dans le droit pour le vendeur de retenir le montant des sommes qui lui auraient été déjà payées, au moment de la résiliation. Si au lieu de convenir d'une pénalité sous cette forme, les parties fixaient dans le contrat une somme fixe à payer, équivalant, par exemple, à une fraction du prix (un tiers ou un quart de ce prix), leur convention serait maintenue (12).

Sous ces réserves, la jurisprudence écarte l'application de la clause contractuelle. Mais cette suppression n'a pas pour effet de priver le vendeur de son droit à des dommages-intérêts. L'unanimité des arrêts le proclame. Elle donne simplement au juge le droit d'apprécier le quantum à allouer au vendeur.

a) Sur quelle base se fera cette appréciation ?

En étudiant l'exécution partielle en droit Français, nous avons vu qu'en ce qui concerne le principe de la réduction, le juge devait tenir compte de la peine convenue et la réduire en respectant, le cas échéant, son caractère pénal ou limitatif de responsabilité.

Cette solution est commandée par les termes de l'article 1231, qui confère au juge la faculté de « réduire la peine » et non d'en faire table rase pour y substituer le droit commun.

Dans une législation qui ne contient pas un texte équivalent à l'art. 1231 du C. Civ. on ne pourrait pas adopter, par voie d'analogie, ce procédé de réduction. Le jeu de cet article peut conduire à allouer des dommages supérieurs ou inférieurs au préjudice subi. Il doit donc être d'interprétation stricte, puisqu'il déroge au droit commun des dommages-intérêts, dont le principe essentiel est l'équivalence entre la perte et la réparation.

(12) C'est sous cette dernière forme que sont stipulées les pénalités dans les contrats de vente en usage à la Land Bank of Egypt. La peine est fixée au tiers du prix de vente.

Il faut donc décider, en droit Mixte, qu'en cas d'exécution partielle c'est le droit commun des dommages-intérêts qui reprend son empire.

Cette solution est celle de la jurisprudence. Elle décide que les tribunaux « conservent leur droit et leur devoir de « contrôle, en cas de recours de l'acheteur, afin de mesurer « l'indemnité à accorder au vendeur au préjudice subi ou « au bénéfice manqué par lui, conformément aux règles ordinaires (13) ».

b) Comment se fait, en pratique, le calcul du préjudice selon le droit commun ?

Distinguons, avec les arrêts, les ventes d'immeubles, des ventes de machines.

Ventes d'immeubles. — Le vendeur pourra réclamer le bénéfice manqué et la perte éprouvée. Certaines décisions indiquent explicitement les éléments qui les composent. Le *damnum emergens* comprend la perte des revenus et des frais judiciaires occasionnés par la défaillance du débiteur (14). Il comprend la moins-value résultant d'un amoindrissement dans la qualité des terres. La plus-value ou la moins-value s'établit généralement par expert.

La perte des revenus est compensée par les intérêts capitalisables annuellement sur le prix (si telle est la convention). Les frais comprennent les frais et honoraires de l'acte de vente, les frais de la sommation de payer préliminaire à la demande en résiliation, enfin les frais et honoraires de cette instance. La compensation d'une moins-value éventuelle se fera par l'allocation d'une somme d'argent fixée par une expertise.

On trouve l'application de ce mode de calcul du préjudice dans l'arrêt rendu en l'affaire Antoniadis, importante à

(13) Arrêt précité du 19 mars 1929, B.XLI, p.307 et 26.6.1928, B.XL p. 464.

(14) C. d'App. d'Alex. 19.3.1929 précité; Gaz. XX, p.47, n° 51.

cause de l'intérêt en jeu : Antoniadis avait vendu à Herfa des terrains pour 200.000 livres égyptiennes. Le prix avait été stipulé payable en vingt annuités avec la convention qu'en cas d'une seule défaillance de l'acheteur la vente serait résolue, avec le droit, pour le vendeur, de retenir, à titre de dommages-intérêts, la totalité des annuités payées au moment où se produirait la résiliation.

Au moment de l'assignation en résiliation, l'acheteur avait déjà payé 43.000 livres égyptiennes. La Cour, écartant, selon sa jurisprudence, le jeu automatique de la clause pénale, procéda à l'analyse du bénéfice espéré et de la perte éprouvée.

Le bénéfice espéré par le vendeur représente le prix original de vente, majoré des intérêts convenus (en l'espèce 5% l'an) depuis la date de la vente, au jour de la résiliation. Le domaine avait été vendu 200.000 livres égyptiennes. Ce chiffre comprend les intérêts moratoires à 5% l'an. Si on déduit ces intérêts en tenant compte que le délai de paiement était de vingt ans, on obtient, comme valeur réelle de l'immeuble, au moment de la vente, la somme de 125.893 livres égyptiennes.

La résiliation se produisit quatre ans après. Le vendeur est, à ce moment, en droit de recevoir le capital original augmenté de ses intérêts à 5% l'an pendant quatre ans, ce qui le porte à 153.024 livres égyptiennes.

Tel est le bénéfice que légitimement il pouvait espérer au moment de la résiliation.

Sur ce montant, qu'a-t-il reçu ?

— Une récolte de coton qui se trouvait sur les lieux au moment de sa reprise de possession, valant 6.000 livres environ ;

— les acomptes payés, soit 43.000 livres avec leurs intérêts ;

— les terrains qu'il avait repris par suite de la résiliation, mais qui — à dire d'experts — avaient subi une dépréciation ramenant leur prix à 100.000 livres égyptiennes.

En faisant le total des montants touchés par le vendeur ($100.000 + 43.000 + 6.000 = 149.000$ livres égyptiennes), on trouve qu'en l'espèce il reste encore inférieur au bénéfice légitimement espéré par lui (c'est-à-dire 153.024 livres égyptiennes).

Il n'avait donc rien à rembourser. Mais si, du calcul ainsi fait, il apparaît que le vendeur a reçu une somme supérieure au préjudice subi, il doit restituer l'excédent à l'acquéreur.

On remarque que, dans l'évaluation du préjudice, la Cour omet de mettre un élément de préjudice à la charge de l'acheteur : la difficulté pour le vendeur de trouver un nouvel acquéreur. C'est pourtant là la fonction essentielle des dommages-intérêts que l'on accorde en cas de résiliation.

Ventes de machines. — Cette lacune est comblée dans le calcul des dommages pour résiliation d'une vente de machine. Pour ce cas, les éléments de calcul sont indiqués par un arrêt du 27 janvier 1931 (15). En cas de résiliation de la vente d'une machine pour défaut de paiement d'une annuité, le préjudice comprend :

1° la différence entre le prix de vente originaire et le prix de la machine au moment de la résiliation ;

2° l'aléa dérivant de la nécessité et de l'ennui de trouver un nouvel acquéreur ; cette dernière réparation s'apprécie *ex æquo et bono*.

Il y a lieu de déduire de ces deux sommes les montants payés par l'acheteur. Le solde, s'il y a lieu, devra lui être restitué par le vendeur.

Afin d'éluder les règles de cette jurisprudence, certains

(15) C. d'App. d'Alex. 27.1.1931, B. XLIII, p. 182, Gaz. XXII, p. 318.354, voir aussi C. d'App. d'Alex. 29.3.1932 B. XLIV, p. 252 ; C. d'App. d'Alex. 19.1.1932, Gaz. XXIV, p. 238-239 ; C. d'App. d'Alex. 20.11.1934, B. XLVII, p. 30.

marchands de machines ont imaginé de les qualifier de « location-ventes », les termes mensuels ou trimestriels seraient des loyers. Les vendeurs seraient donc en droit de les conserver intégralement en cas de reprise de la chose puisqu'ils constitueraient l'équivalent de la jouissance par l'acquéreur de l'objet vendu.

Mais la jurisprudence a persisté dans la voie qu'elle s'était tracée, et, malgré les termes employés par les parties, elle a continué à traiter ces conventions de vente malgré la clause « *reservati dominii* », considérant que les loyers comprenaient, outre la valeur locative proprement dite, une somme affectée à l'amortissement (16).

Malgré son manque d'harmonie avec la loi, la jurisprudence a construit en ce domaine une œuvre dont on ne saurait nier les avantages pratiques. Il serait heureux de voir le législateur consacrer, en partie tout au moins, les solutions des arrêts. La validité de la clause serait admissible lorsque la vente à tempérament porte sur un objet mobilier, périssable rapidement par l'usage (une machine, une automobile). En ce cas les risques de lésion pour l'acheteur, assez rares, ne sont pas suffisants pour justifier une brèche au droit commun des contrats. La validité de cette clause aurait même l'avantage, par la sanction sévère dont elle menace l'acheteur, de limiter un peu des recours parfois irréflechis à ces ventes auxquelles on est trop souvent poussé à raison du sacrifice pécuniaire minime qu'elles imposent au moment de la prise de consignation de l'objet acheté.

Les risques de lésion sont au contraire sérieux dans la résiliation des ventes à tempérament quand elles portent sur des immeubles : le dépérissement est ici moins à craindre ; la résolution fera remettre à l'acheteur le plus souvent l'objet vendu dans le même état où il se trouvait au moment de la vente. Il est à souhaiter que le législateur interdise pour

(16) C. d'App. Mixte d'Alex. 19.1.1932, Gaz.XXIV, p.238-239.

ce cas la clause pénale consistant dans le droit pour le vendeur de retenir les annuités versées à valoir sur le prix, en autorisant le juge à allouer des dommages-intérêts selon le droit commun ; toutefois il faudrait compléter le calcul de la jurisprudence actuelle en comprenant dans le *damnum emergens* une somme représentant la réparation du préjudice que subit le vendeur dans la difficulté de trouver un nouvel acquéreur.

CHAPITRE III

LA CLAUSE PÉNALE DANS LES LIBÉRALITÉS EN DROIT FRANÇAIS

I. — *Généralités.*

Les règles qui, dans le Code Civil, régissent les actes à titre gratuit portent l'empreinte d'une sévérité particulière. La loi se montre hostile aux sentiments généreux que l'on s'attendrait pourtant à la voir favoriser. La raison en est qu'il convient de protéger la famille contre des libéralités immodérées. Il parut injuste au législateur qu'une personne pût se dépouiller de ses biens au détriment de ses proches. La propriété individuelle qui forme l'une des assises de la législation du Consulat, reste malgré tout marquée d'un caractère familial (1), et ce condomnium exige autant que possible le maintien dans la famille des biens laissés par l'auteur. De là, les règles étroites qui endiguent la liberté de donner et de tester.

Les restrictions à la liberté de donner et de tester procèdent aussi chez le législateur de 1804 de considérations politiques. Une trop grande liberté de disposer à titre gratuit aurait permis au disposant de maintenir, par une certaine répartition de sa fortune, une organisation de la famille, et, partant, de la société, incompatible avec le culte nouveau des idées égalitaires.

De ces idées sont issues les règles destinées à la protec-

(1) Planiol, Ripert et Trasbot. *Traité Pratique de Droit Civil Français*, Vol. 5, p. 1.

tion du disposant (règles spéciales concernant le consentement, la forme des donations et testaments, l'irrévocabilité des donations, l'incapacité de disposer et de recevoir à titre gratuit...)

— à la protection de la famille, par l'institution de la réserve et l'action en réduction (art. 826 e6t 832).

— et enfin, à la sauvegarde de l'ordre social nouveau contre un retour d'institutions désormais abolies, tel le droit d'aînesse, et les substitutions par l'égalité en nature et en valeur, des lots entre copartageants au même degré.

Contre cette réglementation étroite, il était naturel que s'insurge la volonté du disposant. Dans les actes à cause de mort, l'homme est particulièrement désireux d'être obéi, sentiment compréhensible, puisqu'il émane chez lui de la volonté de se prolonger après sa mort et c'est dans le respect de ces dispositions testamentaires que se trouve le moyen le plus apte pour assurer la survie. Afin de se soustraire aux rigueurs de la loi, les testateurs imposent à leurs héritiers et légataires de ne point attaquer leurs dispositions à peine de se voir déchus des avantages que le testament leur conférerait.

Forme de la clause pénale testamentaire. — On peut répéter ici l'observation faite au sujet de la clause pénale en général, l'emploi de termes sacramentels n'est pas exigé ; il suffit que la volonté du testateur soit clairement manifestée de priver le légataire, étranger ou héritier, de la libéralité dont il le gratifie, s'il attaque en justice, pour quelque cause que ce soit, le testament ; cet avantage sera dévolu par préciput et hors part à ceux des héritiers qui auraient respecté les dernières volontés du disposant. Si le contestant n'est pas réservataire, il sera exclu du bénéfice du legs qui augmentera, suivant les règles de l'accroissement, les parts des héritiers naturels ou institués, à moins qu'il n'en soit disposé autrement ; si le contestant est réservataire, il sera réduit à

sa réserve ; la quotité disponible accroîtra à ceux des héritiers qui auront respecté la volonté du de cujus.

Cette clause est surtout fréquente dans le partage d'ascendant. Voici une formule qu'on pourrait employer en ce cas :

a) dans une donation -partage (2) :

« Le donateur (le père) impose expressément aux donataires qui s'y soumettent, la condition de ne pas attaquer le présent partage. Si cependant ce partage vient à être attaqué, pour quelque motif que ce soit, par l'un ou plusieurs des donataires, le donateur déclare priver de toute part dans la quotité disponible, ceux qui se refuseront à son exécution. Et pour ce cas, il fait donation par préciput et hors part, de la quotité disponible à celui ou à ceux des donataires contre lesquels l'action sera intentée. »

b) dans un testament-partage (3) :

« J'impose expressément à mes héritiers la condition de ne pas attaquer le présent partage ; si, nonobstant ma défense, il venait à l'être, pour n'importe quelle cause que ce soit, par un ou plusieurs d'entre eux, je déclare priver de toute part dans la quotité disponible ceux qui se refuseront à son exécution. Et pour ce cas je lègue par préciput et hors part la quotité disponible à celui ou à ceux des héritiers contre lesquels l'action sera intentée. »

Il arrive que la quotité disponible soit évaluée en argent, la peine consisterait alors dans la perte de cette somme d'argent (4).

(2) Voir Defrenois. Petit formulaire du Notariat, IX^e édition, Paris 1933, p. 326.

(3) Ibid., p. 329.

(4) Note Hémar, R. de Droit Civ. 1910, p.866.

II. — *Validité de la clause pénale testamentaire.*

I. — Principe.

La validité de cette clause a fait question ; on a contesté qu'elle fût valable en principe puisqu'elle aboutit à priver du recours en justice une personne qui aurait à redresser des torts commis à son égard ; on trouve dans certaines décisions de justice l'écho de cette théorie ; un jugement du Tribunal de la Seine (5) a reconnu que « tout citoyen a le droit de recourir à justice pour obtenir la réformation d'un acte pouvant lui porter préjudice ; que ce droit est d'ordre public et ne peut lui être ravi sans son consentement ». Mais la Cour de Cassation a condamné l'argument ; elle reconnaît, avec la doctrine, que cette clause n'est pas par elle-même illicite ; il est loisible au testateur de s'en servir pour assurer l'exécution de ses dernières volontés. Pour en apprécier la validité en fait, on doit, dans chaque cas, procéder à l'analyse préalable des obligations dont la clause est destinée à garantir l'exécution. Du caractère de cette obligation dépendra le sort de la clause pénale.

L'opinion qui prévaut en jurisprudence est de juger du caractère de l'obligation imposée à l'héritier à travers les dispositions de l'art. 900 du C. Civ. aux termes duquel : « dans toutes dispositions entre vifs ou testamentaires, les conditions impossibles, celles qui seront contraires aux lois ou aux mœurs seront réputées non écrites ».

C'est aux conditions contraires aux lois d'ordre public que l'art. 900 C. Civ. fait allusion, lois auxquelles il n'est pas permis de déroger par des conventions particulières (article 6 du C. Civ.). L'antécédent historique de l'art. 900 (les décrets des 5-12 septembre 1791, reproduits dans l'art. 1^{er}

(5) Confirmé par la Cour de Paris, 25.1.1841, rapporté sous Cass. 22.12.1845, D.P. 1846.1.5.

du décret du 5 Frimaire an II, et dans l'art. 12 du décret du 17 Nivôse an II) ne permet pas une autre interprétation. Le législateur révolutionnaire voulait par là effacer les conditions contraires aux principes de liberté individuelle, politique, religieuse, au principe d'égalité entre les enfants, qui, nouvellement proclamés, constituaient la base du régime nouveau, sans enlever aux gratifiés le bénéfice de la libéralité (6). On doit donc conclure que la clause pénale destinée à garantir une condition nulle, n'est elle-même nulle, par application de l'art. 900, que si la condition est contraire aux lois d'ordre public (7).

Le cas ne peut évidemment se rencontrer que dans les testaments ; le donataire ne saurait d'avance renoncer à attaquer à la mort du disposant telles de ses dispositions, une telle renonciation impliquant un pacte sur succession non ouverte (8). Il n'y a d'exception que pour la donation-partage, institution qui constitue par elle-même une exception à la règle prohibant les pactes sur successions futures.

2. — *Examen de cas où se trouve le plus souvent discutée la validité de la clause pénale testamentaire.*

Le principe est — nous venons de le voir — que la clause pénale est nulle chaque fois qu'elle garantit une obligation contraire à l'ordre public, formule générale, aux contours imprécis comme la notion d'ordre public elle-même.

Voici des exemples des principales applications qu'elle reçoit en jurisprudence :

(6) Voir Colin et Capitant, T.III, p.695.

(7) Voir Demolombe, T.18, p.298.

(8) Demolombe, T.18, p.304, 289.

Planiol, Ripert et Trasbot, Traité Pratique du Droit Civil, T.V, p.291 et la note.

La clause pénale est nulle quand elle est destinée à garantir un testament nul en la forme, par exemple pour date incomplète. La même solution s'applique si la nullité provient de ce qu'une donation faite à un hospice a été acceptée par lui sans qu'il eût obtenu pour cela l'autorisation nécessaire par lettres patentes (9) au temps où cette autorisation était nécessaire. Le Tribunal de Bourges, saisi d'une demande d'application de la clause pénale, l'a écartée, « la condition étant impossible de droit, puisqu'elle avait pour objet de donner effet et de valider une donation que les lois défendaient et dont elles prononçaient la nullité ».

On ne peut sanctionner par une clause pénale l'exécution d'un legs à une personne déclarée par la loi incapable de recevoir. Il en est ainsi d'une clause imposant aux héritiers qui attaqueraient en justice un testament, de payer par prélèvement sur leurs legs : 100.000 francs, lorsque cette libéralité est faite par personne interposée au profit d'une congrégation religieuse (10).

Est pareillement nulle comme contraire à l'ordre public, la clause pénale dans un testament nul pour captation de la volonté du testateur (11); on ne peut garantir les résultats de la fraude.

La jurisprudence n'a pas considéré comme contraire à l'ordre public le testament-partage par lequel un testateur répartissait entre ses enfants mineurs des biens provenant de la succession de leur mère prédécédée et qui leur appartenaient par indivis. Un père peut comprendre dans les biens partagés ceux de son conjoint prédécédé nonobstant le droit des mineurs de demander le partage par voie de tirage au sort (12). Même affirmation par le Tribunal de

(9) Req., 14.12.1825, Dev. et Car. 1825, 27.8.237. Cette approbation par lettres-patentes était imposée par l'édit d'août 1749, art. 9.

(10) 1^o.12.1892, D.P. 1893.2.496.

(11) Req. 27.3.1855, D.P. 1855.1.257 (simplicement) et *a contrario* : Amiens 17.12.1846, D.P. 1847.2.99, Demol. T.18, p.309, n^o287.

(12) Douai, 7.12.1871, D.P. 1873.2.212.

Lons-le-Saunier, 28 août 1844 ; l'omission des formalités prescrites pour les partages des biens des mineurs n'entraîne qu'une nullité relative à laquelle le mineur peut renoncer une fois majeur (13).

Jugé également que l'obligation imposée aux héritiers de choisir un notaire désigné dans le testament pour procéder à la liquidation était valable et que son inobservation peut entraîner l'application de la clause pénale (14).

Quant à la condition de ne pas apposer les scellés sur les biens qui composent une succession, elle s'apprécie au moyen d'une distinction : valable, si le testateur cherche à éviter des formalités inutiles quand sa situation de fortune est claire et facile à contrôler, elle est nulle, quand elle s'anime du désir d'empêcher les héritiers de parvenir à déterminer l'étendue de leur réserve (15).

La jurisprudence a eu à connaître de la validité d'une clause pénale garantissant la charge de ne pas demander le partage d'une succession avant la mort d'une personne déterminée. Au sujet des pactes prolongeant l'indivision au delà de la période prévue à l'art. 815 du C. Civ., les Tribunaux décident que ces périodes devaient être ramenées à 5 ans (16). Si donc l'héritier plaide l'inefficacité absolue de cette clause, il encourt la peine, mais non s'il demande la réduction de la période à 5 ans, car l'art. 815 est d'ordre public.

Toutefois, la Cour de Cassation a annulé la clause qui prolongeait l'indivision dans une espèce où le testateur voulait empêcher l'action en partage jusqu'à la mort de

(13) Cour Besançon 16.1.1846, D.P. 1847.1.127. La Cour de Besançon a confirmé le jugement en observant que les formalités du partage judiciaire n'étaient pas applicables aux partages d'ascendants.

(14) Trib. Civil, Havre 20.12.1908, Gaz. des Trib. 8.10.1908, rapporté à la R. Tr. de Droit Civil, 1908, p. 728, n° 7.

(15) Trib. Civ. Havre, 20.12.1908, *ibid.*

(16) Riom, 10.5.1926, Gaz. Palais, 1928.2.282.

telle personne parce qu'il y voyait une garantie indispensable à celle-ci. Limiter la durée de l'indivision, c'était supprimer cette garantie et aller contre l'intention du disposant. La nullité de la clause d'indivision prolongée a entraîné la nullité de la clause pénale destinée à en assurer l'exécution (17).

Quid de la peine jointe à une clause testamentaire de substitution prohibée ?

Ce cas paraît avoir été fréquent à l'époque qui suivit de près le Code Civil. Le règne des idées nouvelles n'était pas solidement établi ; les anciennes idées de noblesse avaient encore leurs fervents.

La Chambre des Requêtes a rejeté un pourvoi formé contre un arrêt de la Cour d'Agen qui avait annulé un legs par préciput et hors part fait à l'aîné d'une famille avec, s'il mourait sans enfants, l'obligation de remettre les biens à ses frères ou à leurs enfants.

Une décision du 30 juillet 1832 (19) rendue à l'occasion d'une espèce semblable, affirme clairement le principe :

« Attendu que la disposition du testament du ... par
« laquelle Gachet Ste-Croix institue pour son héritier Fir-
« min Gachet dans le cas où son testament du ... serait
« attaqué par son héritière naturelle, la demoiselle T...
« est nulle et illicite, comme contenant une clause pénale
« ayant pour objet d'assurer l'exécution du testament du
« 2 juillet, contrairement aux dispositions de l'article pré-
« cité (896, C. Civ.). »

En 1837 (19), la Cour de Cassation proclame encore que les legs entachés de substitutions prohibées sont nuls.

(17) Cass. 29.6.1933, D.H. 1933, p.477. R. du Droit Civ. 1933, p.1246 (Note Savatier).

(18) Bordeaux, 30.7.1832, S.1833.2.154.

(19) Cass. 24.5.1837, S.1837.1.817.

En conséquence, l'héritier institué qui refuserait d'exécuter ces dispositions ne peut être déclaré déchu de son legs pour inexécution des charges sous lesquelles il a été fait.

La validité de la clause pénale a été âprement discutée à l'occasion de trois sortes de dispositions qu'on rencontre dans les testaments et les partages d'ascendants. Il convient de les étudier séparément : il s'agit des clauses portant legs de la chose d'autrui ; celles qui portent atteinte à la réserve, et enfin, celles qui, faisant un partage des biens de l'ascendant entre ses héritiers présomptifs, ne respecteraient pas le principe de l'égalité en nature des lots imposée par les articles 826 et 832 du C. Civ.

Legs de la chose d'autrui

« Lorsque le testateur aura légué la chose d'autrui, le legs sera nul, soit que le testateur ait connu ou non qu'elle ne lui appartenait pas. » (art. 1021 C.Civ.). On sait comment la jurisprudence est parvenue à réduire la portée de ce texte en soumettant son application à des conditions de plus en plus étroites. Pour prononcer cette nullité, elle exige que le testateur n'ait absolument aucun droit sur la chose léguée, un droit même conditionnel ou indivis, suffit pour empêcher le jeu de la règle ; il faut, en outre, que le legs porte transfert de propriété de la chose d'autrui ; la disposition serait valable si l'intention du testateur était d'imposer à l'héritier l'acquisition de la chose d'autrui pour la remettre au légataire. La jurisprudence a adopté cette solution admise dans l'ancien droit, à l'exemple du droit Romain (20).

(20) Sur la portée de l'art. 1021, C.Civ. voir Planiol, Ripert et Trasbot : *Traité pratique de Droit Civil Français*, T.V, p.635 et les notes.

Malgré ces restrictions, l'art. 1021 reçoit encore en pratique un certain nombre d'applications, lorsqu'aucune des conditions ci-dessus ne se trouve réalisée. Les Tribunaux sont souvent requis d'en faire l'application aux partages d'ascendants dans lesquels l'auteur partage entre ses enfants ses biens propres, ceux qui proviennent de la succession de son conjoint prédécédé (21) et de la communauté ayant existé entre eux (22). Fréquemment aussi, des époux font ensemble leurs testaments et comprennent dans chacun d'eux leurs biens propres, les biens communs et les propres de l'autre conjoint (23). Le legs de la chose d'autrui peut également porter sur la chose de l'héritier ou d'un autre légataire (24). On rencontre aussi ces legs dans des dispositions testamentaires autres que des partages d'ascendants.

Sanction du legs de la chose d'autrui. — Il en est du legs de la chose d'autrui comme de la vente d'une chose d'autrui ; la sanction légale, c'est la nullité relative, ouverte au profit du véritable propriétaire, la seule personne que la loi ait entendu protéger. L'ordre public n'est donc pas intéressé et la clause imposant à l'héritier ou au légataire d'en respecter l'exécution sous peine de se voir réduit à sa réserve ou de perdre le bénéfice de son legs, est valable. Si donc le véritable propriétaire de la chose léguée intente l'action en revendication, il obtiendra l'annulation du legs, mais il encourra l'application de la clause pénale.

Cette solution semble en contradiction avec l'art. 1227 du C. Civ. L'obligation principale est annulée (le legs de la chose d'autrui), mais la clause pénale est maintenue ;

(21) A titre d'exemple : Req. 1^o.3.1830, S.1830.1.82, Besançon, 16.1.1846, D.P. 1847.2.127.

(22) Caen, 9 juin 1874, S. 76.2.233.

(23) Cour Cass. 25.2.1925. R. Droit Civil, 1925, p.401.

(24) Voir par exemple l'espèce : Poitiers, 8.3.1892, B.P. 93.2.548 et 17.1.1934, D.H. 1934.145 (précité).

elle frappera l'héritier ou le légataire contestant ; l'accessoire survit au principal.

Pour expliquer ses décisions, la jurisprudence a parfois posé que les articles 1226 et 1227 du C. Civ., rattachés au titre des obligations en général, ne s'étendent pas aux actes à titre gratuit.

« Attendu, dit un arrêt de la Cour de Lyon, que les « articles 1218, 1226 et 1227 du C. Civ. ne sont relatifs « qu'aux obligations et non aux dispositions testamentaires (25). »

A l'inverse de l'interprétation restrictive de la Cour de Lyon, la Cour de Caen a donné aux articles 1226 et 1227 du C. Civ. une portée générale (26). On lit dans un arrêt que l'article 1227 s'applique par analogie aux testaments. l'obligation principale étant nulle, la clause pénale l'est aussi ; elle doit être réputée non écrite par application de l'art. 900 du C. Civ qui ne distingue pas entre les dispositions contraires aux lois en général et aux lois d'ordre public. Il s'applique à toutes les causes de nullité.

Les deux théories paraissent critiquables. La Cour de Lyon limite arbitrairement la portée du texte conçu en termes généraux des art. 1226 et 1227, et la Cour de Caen, en évitant cet écueil par l'application qu'elle fait de ce texte aux obligations qui dérivent des testaments, leur fait produire cependant par le concours de l'art. 900 un résultat qui déborde leurs effets véritables.

L'explication vraie a été fournie par Demolombe : l'article 900 du C. Civ. ne s'applique qu'aux conditions contraires aux lois d'ordre public ; celles auxquelles l'art. 6 interdit de déroger.

Quant à l'art. 1227, il n'entraîne la nullité de la clause

(25) Sous req. 1^o.3.1830, S. 1830.1.82.

(26) Caen 9.6.1874, S. 76.2.233, D.P. 1876.2.33 sous req. 1^o.3. 1830.

pénale que « si l'obligation principale est entachée d'une « nullité telle qu'elle n'a pas d'existence valable aux yeux « de la loi (27) » ; c'est-à-dire une nullité fondée sur l'absence d'un des éléments imposés par l'art. 1108 du C. Civ. (consentement, capacité, objet, cause) (28). On doit donc conclure que la nullité d'une disposition testamentaire pour violation de l'art. 1021 n'enlève pas à cette disposition toute existence légale, son exécution peut être garantie par une clause pénale, qui sera appliquée malgré l'annulation du legs.

Une autre explication a vu le jour qui analyse cette clause pénale en une alternative laissée aux héritiers, en une simple option entre l'exécution du legs de la chose d'autrui et la perte de la quotité disponible. Cet argument figure *ad abundantiam* dans l'arrêt précité de la Cour de Lyon :

« Que d'autre part, ainsi qu'on l'a dit, la disposition « du testament de M... ne présente à ses enfants qu'une « option et qu'il les a laissés les maîtres de choisir sur les « deux conditions qu'il leur proposait... (29). »

A la même époque, la Chambre des Requêtes consacre le même principe (30). La Cour : Vu les art. 1021, 1133, 1172 du C. Civ. : « Attendu que la De Fanay pouvait directement et sans condition disposer du quart de ses biens « à titre de préciput en faveur de son fils, et qu'en subordonnant cette disposition à l'exécution du partage des « biens paternels qu'elle avait fait entre ses trois enfants, « la De Panay n'a point privé ses deux filles du droit de « faire annuler ce partage, ce n'est autre chose qu'une disposition conditionnelle, une option laissée au libre arbitre des parties intéressées, ce qui ne présente rien de contraire aux lois. »

(27) Demolombe, T.23, p.29.

(28) Ibid., T.26, p.566, n° 638.

(29) Arrêt des Req., précité.

(30) Req. 1^{er}.3.1831, S. 31.1.100.

Cette jurisprudence favorable au maintien du testament ne semble pas avoir varié. On trouve la répétition du principe de l'option tout le long du XIX^e siècle (31), malgré la résistance déjà signalée de la Cour de Caen (32). C'est la solution appliquée encore aujourd'hui (33). On peut la résumer dans cette formule : « Le propriétaire (de la chose « léguée par le testateur) choisira entre la revendication de « son bien dont un autre a disposé, et le bénéfice de la libéralité ou la mainlevée de l'exhérédation. Il n'y a rien là « que de parfaitement licite (34). »

*De la clause pénale sanctionnant des libéralités
portant atteinte à la réserve.*

Si les règles qui protègent le propriétaire véritable d'une chose léguée par un testateur ne concernent que son intérêt privé, celles qui établissent la réserve et garantissent sa dévolution ont, au contraire, le caractère d'ordre public. L'institution de la réserve se rattache à l'idée de protéger la famille et au désir de supprimer dans la société nouvelle issue de 1789, l'attribution totale du patrimoine à l'un des enfants, ce qui rendait nécessaire le morcellement des héritages (35). Pour atteindre ce but, la loi a pris des mesures pour soustraire complètement à l'action du de cujus la dévolution héréditaire des biens qui composent la réserve et pour les faire parvenir aux mains des héritiers, selon les règles des successions ab intestat ; les as-

(31) Voir par exemple, Civ. 10.7.1849, D.P. 1849.1.253, S. 49.1.547.

(32) Caen, 9.6.1874, S. 76.2.283, D.P. 1876.2.33.

(33) Poitiers 8.3.1892, D.P. 93.2.548, Civ. Cass. 25.2.1925. Rapporté dans R. Tr. Droit Civil, 1925, p.401, avec la note de M. Savatier, Civ. Cass. 17.1.1934, D.H. 1934.145.

(34) Note Savatier, sous Cass. 25.2.1925, R. Tr. Drt Civil, 1925, p. 401.

(35) Colin et Capitant, T.III, p.757.

cendants ne peuvent pas les léguer sous condition d'insaisissabilité (C. Pr. Civ. P. 81, 3°), ni les grever de substitution (art. 1048 C. Civ.). On sait comment la jurisprudence a accentué ce caractère d'intangibilité. Elle a décidé, en particulier, que si le réservataire est marié sous le régime de la communauté, il ne peut recevoir sa réserve sous la condition que les biens qui la composent ne rentreront pas en communauté (36). Si le réservataire est une femme dotale qui s'est constitué en dot ses biens à venir, la clause de paraphernalité frappant les dons et legs qu'elle recevrait, resterait sans effet à l'égard des biens qui composent sa réserve (37).

A plus forte raison est-il interdit au testateur d'apporter la moindre atteinte au montant de la réserve. Si le disposant a cherché intentionnellement à réduire au-dessous de la réserve légale la part successorale d'un réservataire en assurant l'exécution de son testament par une clause pénale privant l'héritier de la quotité disponible, en cas d'attaque en justice, cette clause pénale demeurerait sans effet ; elle serait réputée non écrite, par application de l'art. 900. L'ascendant ne peut paralyser entre les mains des descendants « l'action que la loi leur accorde contre une disposition qui tend directement à les priver en tout ou en partie, de la réserve que la loi leur assure (38). »

Mais on s'est demandé si, en dehors du cas d'une privation intentionnelle par le testateur, l'attaque contre le testament par l'héritier pour atteinte à sa réserve doit entraîner contre lui l'application de la clause pénale. Demolombe répond par l'affirmative. Le droit pour l'enfant de réclamer sa réserve, prétend-il, a pour réciproque celui de l'auteur de disposer de sa quotité disponible. L'ascendant peut disposer de cette quotité soit purement et simplement,

(36) Civ. 6.5.1885, D.P. 85.1.369.

(37) Voir Colin et Capitant, T.III, p.765.

(38) Demolombe, T.23, p.64.

soit en l'affectant de cette condition que si l'un des héritiers attaquait le partage qu'il a fait entre ses enfants, il lègue à ses autres enfants, par préciput, la quotité disponible. Ainsi se trouve étendue au cas de legs portant atteinte à la réserve, la faculté d'option rencontrée au cas d'un legs portant atteinte à la réserve, la faculté d'option rencontrée au cas d'un legs de la chose d'autrui. L'auteur conclut en disant : « Donc, chacun des enfants se trouve, par l'effet du « partage, placé dans cette alternative : soit de l'exécuter « tel qu'il a été fait par l'ascendant, soit de réclamer sa réserve et de s'en contenter. » Il n'y a ainsi aucune atteinte à la réserve puisque si l'enfant le désire il peut toujours la réclamer.

L'héritier doit donc encourir la clause pénale testamentaire par le seul fait qu'il attaque le testament, quelle que soit l'issue du procès.

On trouve appliquée dans certaines décisions de Tribunaux et Cours d'Appel cette théorie.

Arrêt de la Cour de Dijon du 8 mars 1861 — D. P. 1863.1.37 : « Considérant que la mère Eschalié, maîtresse « absolue de la quotité disponible, avait le droit de ne la « leur abandonner (à ses héritiers) que sous condition ; « qu'en comprenant dans le partage qu'elle a fait, les biens « provenant de la succession indivise de son mari, elle n'a « engagé en rien les droits légitimes de son petit-fils ; « qu'en soumettant le bénéfice de l'acceptation du compte « de 267.454 francs dus par Bernard à son frère Paul, elle « n'a exigé de Léon autre chose qu'une condescendance filiale à ses propres désirs, à ses propres appréciations, et « qu'en déterminant les délais qu'elle voulait qui fussent « accordés à Paul pour le paiement des sommes dont il « pourrait rester débiteur, elle n'avait d'autre but que de « faciliter, que de favoriser, si l'on veut, la liquidation « amiable de son important héritage, mais que, dans tous « les cas, libre de ses dispositions, elle a laissé Léon libre « de les accepter ou de les refuser ;

« Considérant, d'après ce qui précède, que soit par ses
« contestations, soit même par les décisions judiciaires
« qu'il a obtenues, Léon Eschalié a réalisé l'événement
« prévu dans les testament et codicille de la dame Escha-
« lié-Jomain, son aïeule, et qu'il y a lieu de faire dès à pré-
« sent application de la clause qu'il a encourue. »

Dans une autre espèce, un héritier réservataire querel-
lait le testament de ses auteurs qui avaient réduit son émo-
lument successoral à une rente viagère. Le Tribunal de
Tours (18 mars 1869) lui fit application de la clause pénale
et ses motifs furent adoptés par la Cour d'Appel d'Orléans
(5 février 1870) (39).

« Attendu dès lors que Pinel fils contestant la validité
« des testaments de ses père et mère dans plusieurs de
« leurs dispositions, doit être privée de la double rente via-
« gère stipulée en sa faveur. Attendu qu'il faut aussi re-
« marquer qu'il ne s'agit pas là à proprement parler, d'une
« sorte de clause pénale, très licite d'ailleurs, mais simple-
« ment de l'option laissée à Pinel entre l'abandon de sa ré-
« serve et le service de la rente de 4.000 francs. Attendu
« qu'ayant opté pour sa réserve, il ne doit plus jouir de la
« rente qui devait la remplacer. »

On retrouve dans un arrêt de la Cour de Cassation de
Bavière (40), appliquant les articles du Code Civil Fran-
çais, une longue discussion de cette théorie de l'option à
laquelle la Cour finit par se rallier, parce qu'elle la juge
conforme à l'ordre public ; l'intérêt de la société exige que
les parents ne puissent pas enlever arbitrairement une
quote-part de leur succession qu'ils sont tenus d'assurer à
leurs enfants. Mais le droit à la réserve ne diffère point par
sa nature des autres droits privés. La loi ne lui a point con-
féré le caractère impératif.

(39) D.P. 1870.2.50.

(40) 20 novembre 1897, D.P. 1899.2.398.

Les héritiers peuvent, en effet, une fois la succession ouverte, renoncer à leur réserve ou faire, en ce qui la concerne, toutes sortes de convention avec leurs cointéressés; il doit donc leur être permis de la prendre grevée de certaines charges, ou bien de la réclamer complète, telle qu'elle leur est assurée par la loi.

Le testateur ne viole donc pas l'ordre public quand il met l'héritier réservataire en présence d'une option dont les termes sont d'un côté la réserve, et de l'autre côté l'acceptation de la succession avec les charges qui grèvent la réserve. L'obligation du testateur, à savoir laisser la réserve intacte à ses enfants est respectée quand il les met en demeure d'exercer ce choix. Peu importe que l'acceptation de la libéralité soit soumise à la condition de respecter la volonté du testateur; cette condition est valable du moment qu'elle ne viole pas l'ordre public.

L'arrêt tire ensuite un argument d'analogie de l'article 917 C. Civ. qui, en cas d'un legs en usufruit, supérieur à la quotité disponible fait à un étranger, laisse à l'héritier le choix entre l'exécution du legs ou la réclamation de sa réserve avec abandon de la quotité disponible. La loi elle-même reconnaît dans ce cas la validité de l'option. On ne voit pas dès lors pourquoi l'option serait compatible avec l'ordre public dans le cas de l'article 917, tandis qu'elle ne le serait pas dans d'autres hypothèses non prévues par la loi.

Il en était ainsi d'ailleurs dans le droit Romain, qui reconnaissait la validité de la clause socinienne : le légitimaire devait respecter les charges qui grèvent sa légitime ou se laisser réduire à celle-ci. Il n'y a aucune raison pour ne pas admettre en droit Français la validité de la clause socinienne, car si la réserve du Code Civil est organisée autrement que la légitime du droit Romain, il n'en est pas moins vrai que les deux institutions reposent sur des considérations politiques et sociales du même ordre.

Cette analyse du fondement de la réserve proposée par la Cour de Bavière n'a pas été accueillie par la Cour de

Cassation Française. Il est vrai que la réserve du Code Civil se réclame, dans certaine mesure, de la même source morale que la légitime Romaine. Elle ressemble par un côté à l'obligation alimentaire qu'elle prolonge après le décès du débiteur d'aliments ; mais la réserve n'est pas uniquement fondée sur l'*officium pietatis*, puisqu'elle n'est pas proportionnée, comme l'obligation alimentaire, au besoin du créancier et qu'elle n'est pas due à toutes les personnes qui pourraient réclamer des aliments (41). La réserve est destinée à assurer, en outre, la prospérité de la famille à qui elle garantit une fraction de l'héritage de l'auteur, et à empêcher, pour la sécurité de l'ordre social, qu'une liberté trop grande de tester ne maintienne les grandes fortunes dont les doctrines nouvelles exigeaient le morcellement.

Aux yeux de la jurisprudence française, la loi sur la réserve ne peut donc pas être considérée comme protégeant uniquement des intérêts privés. Le droit de l'héritier à sa réserve repose sur un principe d'ordre public. Une clause d'exhérédation qui entrave l'exercice de ce droit est nulle et doit être réputée non écrite (art. 900).

En vain essaye-t-on de considérer cette clause pénale comme une option entre la libéralité testamentaire et la réclamation par l'héritier de sa réserve. Qu'est-ce cette option dont l'un des termes est nul de nullité absolue ? En réalité, il n'y a pas de choix ; l'héritier est forcé de renoncer au droit de discuter sa réserve.

D'après ce système invariablement adopté par la Cour de Cassation, il faut, pour décider en ce cas de l'application de la clause pénale, tenir compte de l'issue de l'action. Si, en évaluant l'importance de la succession, il résulte que le testateur a respecté les droits des réservataires, la clause

(41) Planiol, Ripert et Trasbot. *Traité pratique de Droit Civil Français*, T.V, p.29.

pénale est encourue. Le testament n'avait rien d'illicite. A tort, il a été querellé. Si, au contraire, l'ascendant avait entamé la réserve, l'héritier contestant recevra le complément de ses droits sans perdre le bénéfice des libéralités que lui confère le testament.

Une multitude d'arrêts a consacré cette solution.

a) elle s'applique lorsqu'intentionnellement, le testateur avantagé l'un de ses héritiers en réduisant la part de son cohéritier à une fraction inférieure à sa réserve. La Cour de Paris a déclaré nulle la clause pénale sanctionnant le respect d'un semblable testament (42). Il en est de même d'une clause pénale garantissant l'exécution d'une disposition testamentaire qui interdit aux héritiers réservataires de se livrer à aucune recherche pour connaître les sommes que le testateur avait pu encaisser et dépenser et pour arriver ainsi à préciser l'importance de la succession (43).

b) l'intention malveillante du disposant n'est pas une condition nécessaire. La clause pénale est également annulée lorsque l'ensemble des dispositions testamentaires ont directement ou indirectement porté atteinte au montant de la réserve (44).

c) La Cour de Cassation ne sanctionne pas simplement par la nullité les clauses attentatoires au quantum de la réserve ; nous avons exposé précédemment avec quel respect elle considèrerait cette institution et comment elle interdit toutes dispositions qui, la grevant de charges ou de cer-

(42) Paris, 28.1.1853, S. 55.2.1426, D. 1855.2.40.

(43) Tr. Civ. Havre. 20.12.1908, Gaz. des Trib. 8.10.1908, rapporté dans la R. Drt Civ. 1908, p.728, n° 7.

(44) Paris, 9.3.1877, D.P. 1878.2.34 ; Caen 15.6.1863, S.64.2.292, Civ. 22.7.1894, D. 1875.1.454 ; Req. 6.5.1878, D. P. 1880.1.345 ; Amiens 26.2.1896, D.P. 1897.2.198 ; Paris 14.11.1894, D.P. 1895.2.115 ; Poitiers 23.1.1905, D.P. 1905.2.169 ; Bourges, 24.11.1909, D.P. 1911.2.333 (*a contrario*), Req. 29.6.1910, D.P. 1911.1.49 ; Trib. Civ. Calvados 13.11.1928, D.H. 1929.94.

taines modalités, ont pour effet de la faire parvenir entre les mains de l'héritier autrement que si elle lui était dévolue par une dévolution ab intestat.

Un arrêt du 2 août 1869 (affaire Eschalié) semble avoir retenu implicitement que le mode de libération de l'héritier institué envers un réservataire de sa quote-part successorale pour le paiement de laquelle le testateur avait accordé un délai de six ans, serait nulle pour autant qu'elle s'applique à la réserve (45).

Est pareillement nulle, la clause pénale testamentaire sanctionnant l'inexécution d'un testament qui grève d'une substitution, même licite, toute la quote-part successorale d'un héritier, y compris sa réserve, en dépit de l'art. 1048 C. Civ. (46).

La condition d'inaliénabilité temporaire, même quand elle est permise, est illicite quand elle frappe les biens qui composent la réserve (47) et la clause pénale qui en garantit l'application doit être réputée non écrite.

*Clauses pénales portant atteinte
aux articles 826 et 832 du Code Civil*

Ces deux articles au chapitre « du Partage et des Rapports » consacrent le principe de l'égalité en nature des lots qui doivent revenir à chacun des copartageants. Ils sont ainsi conçus :

« ART. 826. — Chacun des cohéritiers peut demander
« sa part en nature des meubles et immeubles de la suc-
« cession ; néanmoins, s'il y a des créanciers saisissants ou

(45) Civ. 2.8.1869, D.P. 1869.1.403. Une renonciation de l'héritier institué à ce mode de libération avait évité à la Cour l'examen approfondi de la question.

(46) Paris, 23.12.1874, D.P. 1876.2.83.

(47) Rouen, 22.10.1924, D.H. 1926, p.54. Sur la clause pénale qu'on ne peut, quand l'ordre public est intéressé, considérer comme une option. Voir Planiol, Ripert et Trasbot. T.V, p.624.

« opposants, ou si la majorité des cohéritiers juge la vente
« nécessaire pour l'acquit des dettes et charges de la suc-
« cession, les meubles sont vendus publiquement en la
« forme ordinaire. »

« ART. 832. — Dans la formation et composition des
« lots, on doit éviter autant que possible de morceler les
« héritages et de diviser les exploitations ; et il convient
« de faire entrer dans chaque lot, s'il se peut, la même
« quantité de meubles, d'immeubles, de droits ou de créan-
« ces de même nature et valeur. »

On retrouve dans ces textes la préoccupation, souvent rencontrée, du Code Civil, de maintenir l'égalité entre les copartageants, égalité proclamée par les principes de 1789, et d'empêcher que la transmission des immeubles à un seul des fils n'entretienne le prestige féodal qu'on voulait supprimer.

Mais on s'est demandé si ces règles, dont l'application est certaine dans les partages judiciaires destinés à liquider les successions, doivent pareillement régir les partages d'ascendants. Les travaux préparatoires du Code Civil ne permettent guère de trancher la question avec certitude. Des déclarations du Tribun Jaubert dans son rapport au Tribunat, on peut déduire que ces articles devaient s'appliquer aux partages d'ascendants ; la même remarque peut se déduire d'un discours du Tribun Favard au corps législatif. Bigot-Préameneu se montre plus libéral. Favorable à une sorte de magistrature domestique qu'exercerait le père de famille, il semble lui reconnaître un certain pouvoir dans la composition des lots : « C'est ainsi, dit-il, qu'il
« (l'ascendant) peut éviter des démembrements, conserver
« à l'un de ses enfants l'habitation qui pourra continuer
« d'être l'asile commun, réparer les inégalités naturelles
« ou accidentelles en un mot, c'est dans l'acte de partage
« qu'il pourra le mieux combiner, et en même temps réa-

« liser la répartition la plus équitable et la plus propre à rendre heureux chacun de ses enfants. »

Durant le xix^e siècle, la jurisprudence a néanmoins considéré les articles 826 et 832 comme applicables aux partages d'ascendants. MM. Baudry-Lacantinerie et Bonnet-case (48) l'expliquent par l'influence qu'exerçait alors sur la Cour de Cassation la doctrine de l'Ecole Exégétique ; elle professait le culte de la loi, le respect du texte interprété, non pas en lui-même, mais d'après l'intention du législateur (49). Si l'on se reporte, d'une part, aux textes qui régissent la matière des partages d'ascendants, en particulier aux articles 1075 et 1076 (50), on remarque qu'ils ne font aucune exception au profit des partages d'ascendants en ce qui touche l'application des règles générales des partages successoraux ; et si l'on consulte, d'autre part, les travaux préparatoires, on voit que l'intention des rédacteurs était d'étendre aux partages d'ascendants le principe de l'égalité des lots en nature.

La doctrine de la Cour de Cassation s'est affirmée pour la première fois dans un arrêt du 16 août 1826 (D. 1826 — 1-454). Cette décision constate que ni l'art. 1076 du C. Civ. qui donne aux père et mère le droit de partager leurs biens entre leurs enfants, ni aucun autre ne les dispensent de « se conformer aux règles qui tiennent essentiellement à la nature des partages ; ils sont, par une conséquence nécessaire, tenus de s'y conformer » ; le père de famille

(48) Supplément au Traité Théorique et Pratique de Droit Civil, T.I, page 353, n° 203.

(49) Baudry-Lacantinerie et Bonnet-case, op.cit., p.373 et 374.

(50) Art. 1075. « Les père et mère et autres ascendants pourront faire entre leurs enfants et descendants la distribution et le partage de leurs biens. »

Art. 1076. « Ces partages pourront être faits par actes entre vifs ou testamentaires avec les formalités, conditions et règles prescrites pour les donations entre vifs et testamentaires. Les partages faits par actes entre vifs ne pourront avoir pour objet que les biens présents. »

qui fait la distribution de ses biens entre ses enfants doit, « conformément aux articles 826 et 832, distribuer entre « tous, ses immeubles, à moins que ces propriétés ne soient « impartageables ou ne puissent être morcelées sans in- « convenient ».

La Cour de Cassation, pour poser cette doctrine, a dû réagir contre la tendance contraire des juridictions du fonds qui, au lendemain du Code Civil, avaient donné des articles 826, 832 et 1076 une interprétation opposée. L'arrêt précité du 16 août 1826 avait cassé un arrêt du 14 août 1820 de la Cour de Grenoble, qui avait décidé que le législateur n'ayant pas, au chapitre 7 du Livre 3 du Code Civil, imposé une règle spéciale quant à la composition des lots, « il faut admettre qu'il s'est entièrement confié à eux sur « la manière de faire la distribution de leurs biens... qu'il « les a rendus maîtres de distribuer leurs biens ainsi qu'ils « le jugeront convenable pour l'avantage de chacun des « enfants et suivant leur position... »

La soumission des tribunaux du fonds à la Cour de Cassation ne fut cependant pas immédiate ni totale.

Un arrêt de la Cour de Nîmes (51) adopte implicitement la solution qu'avait donnée la Cour de Grenoble en 1820, qui affirme à nouveau son principe dans une décision du 25 novembre 1824 (52).

Même thèse admise par la Cour de Lyon en 1837 (53).

Il y a toutefois des divergences entre les juridictions du fonds. La Cour de Caen, dans un arrêt du 15 juin 1835 (54), a déclaré dans le sens de la Cour suprême « qu'en thèse générale, les ascendants sont tenus, dans la « distribution anticipée qu'ils font de leurs biens, de se

(51) 11.2.1823. Dalloz, Répert. de Législ. Tome 16, V^o disposit. entre vifs et testamentaires, n^o 4486, note 1.

(52) Ibid., n^o 4486, note 2.

(53) Ibid., n^o 4486, note 3.

(54) Ibid., n^o 4488, note 1.

« conformer aux dispositions des lois qui veulent que les
« copartageants reçoivent une part égale dans les meubles
« et dans les immeubles ».

La Cour d'Agen, 10 mai 1838 (55), moins impérative
cependant, affirme que les partages d'ascendants doivent
être faits « autant que possible suivant les dispositions des
« articles 826 et 832 ».

Ce flottement dans la jurisprudence n'était pas sans
inconvenient pour les donateurs et testateurs. Afin de
tourner l'application souvent gênante des articles 826 et
832, la pratique notariale imagina de garantir l'exécution
du partage par la clause d'exhérédation contre l'héritier
qui l'attaquerait en justice sur la base des articles 826 et
832.

Pour juger de la validité de cette clause pénale, il fal-
lait d'abord décider si ces articles revêtent ou non le carac-
tère d'ordre public. Malgré sa persistance dans l'annulation
des testaments-partages qui n'avaient pas respecté l'égalité
en nature des lots, la Cour de Cassation n'a pas admis que
les dispositions législatives consacrant cette égalité étaient
d'ordre public. L'ascendant donateur ou testateur avait
donc le pouvoir d'imposer son allotissement aux héritiers
à peine de les voir réduits à leur réserve. Un arrêt de la
Chambre des Requêtes, 26 juin 1882 (56) l'affirme très net-
tement :

« Attendu qu'en matière de donation et de partage, les
« dispositions relatives à la réserve légale sont d'ordre pu-
« blic, mais que celles qui règlent la composition des lots
« n'ont pas ce caractère. »

Moins d'un an plus tard, la Chambre Civile adopte ce
principe dans un arrêt du 11 juillet 1883 (57), où elle dé-
clare que « le droit reconnu aux héritiers par l'article 826

(55) Ibid., n° 4488, note 2.

(56) D.P. 1883.1.70.

(57) D.P. 1883.1.444, S. 84.1.323.

« leur est conféré, non dans un intérêt d'ordre public,
« mais dans leur intérêt privé.

On retrouve ainsi, en analysant les dispositions de l'ascendant, l'option laissée à l'héritier entre la réserve et l'acceptation du lotissement proposé. Cette théorie est ici acceptable parce que les termes du choix ne vont pas à l'encontre d'une règle d'ordre public.

Entre ces deux solutions de la Cour Suprême : art. 826 et 832 du C. Civ. obligatoires pour l'ascendant, d'une part, et, d'autre part, validité de la clause pénale qui en écarte l'application, il y avait une « contradiction évidente » (58). Si les règles imposées par les articles 826 et 832 ne sont pas d'ordre public, pourquoi les particuliers ne pourraient pas y déroger dans leurs dispositions particulières ? Un revirement s'imposait dans sa jurisprudence. Ce revirement apparut dans l'arrêt d'Utson du 23.11.1898 (59) conçu en ces termes, sur le point qui nous intéresse :

« Attendu qu'en matière de partage, les dispositions
« relatives à la réserve légale sont d'ordre public, mais que
« celles qui règlent la composition des lots n'ont point ce
« caractère ; que dans un partage d'ascendant, le testateur
« peut, suivant les circonstances, les convenances ou la si-
« tuation de ses héritiers, suivant la nature et la consis-
« tance des biens, ne pas s'astreindre dans la composition
« des lots, en immeubles ou meubles, à une rigoureuse
« égalité. »

Toutefois, l'hésitation de la jurisprudence avait fait apparaître la nécessité d'une intervention législative. Une proposition de loi fut déposée au bureau de la Chambre le 14 janvier 1909. Ce projet relatif à de nombreuses modifications touchant les partages d'ascendants demandait en ce qui les concerne d'écarter l'application des articles

(58) L'expression est de MM. Colin et Capitant, T.III, p.1007.
(59) S. 1899.1.94.

826 et 832 du Code Civil, relatifs à la composition des lots. Ce projet vient d'aboutir (60) ; il constitue la loi du 7 février 1938. L'article 1075 du Code Civil est ainsi modifié :

« Les père et mère et autres ascendants pourront faire
« entre leurs enfants et descendants, la distribution et le
« partage de leurs biens sans être tenus de se conformer
« aux articles 826 et 832 du C. Civ. »

Ce texte supprime la nécessité de la clause pénale testamentaire qui sanctionne des partages d'ascendants violant le principe de l'égalité des lots en nature. De tels partages ne sont plus annulables pour cette raison. Inutile de prévenir des contestations qui ne pourront plus surgir. La loi vient de consacrer un résultat que, seule, la clause pénale, par un rôle comparable à celui qu'elle remplissait à l'époque de son apparition en droit Romain, avait permis d'obtenir pendant près d'un siècle.

*
**

III. — *Condition d'application de la clause pénale testamentaire.*

Faute de l'héritier.

Comme pour le jeu de la clause pénale prévue au titre des obligations, la clause pénale testamentaire suppose une faute de l'héritier contestant. Cette faute consiste ici dans le mépris des volontés légitimes du testateur. Les juges saisis d'une demande en application de la clause pénale auront donc à rechercher tout d'abord quelle est la véritable portée des dispositions testamentaires en s'inspirant des règles établies en la matière et dont l'exposé ne rentre

(60) Voir Dalloz Hebdomadaire, 7 avril 1938.

pas dans le cadre de cette étude. Il convient toutefois de rappeler que la nécessité d'une interprétation ne s'impose qu'en cas de doute ou d'obscurité (61). Cette interprétation est laissée par la Cour Suprême au contrôle souverain des juges du fonds.

Une fois précisée l'intention du testateur, le juge recherchera si, en fait, l'héritier y a contrevenu. Son interprétation est ici restrictive, car la clause d'exhérédation ressemble beaucoup plus à une peine qu'à des dommages-intérêts de nature réparatrice. Il faut qu'il y ait opposition manifeste entre la conduite de l'héritier et les dispositions testamentaires et cette opposition n'existe pas toujours par le seul fait du procès ; il faut analyser la nature et la portée des conclusions prises par le demandeur.

On trouve l'application de cette idée dans une espèce où l'héritier demandeur en réduction contre un acte de testament-partage ne s'en était pas pris directement aux dispositions de la testatrice, mais avait critiqué le travail et les calculs du notaire, en demandant leur redressement. « Considérant... que sa contradiction (de l'héritier) est plus « discrète et plus sage, il touche bien, en passant, le partage testamentaire du 2 mars 1896, il faut bien qu'il en « parle un peu, il ne l'attaque pas, mais il s'en prend directement au travail préparatoire du notaire, comme « il se plaint des appréciations et des chiffres qui y sont « exprimés ; il essaye de faire voir que ce travail ne lui « laisse point tout ce à quoi il croit avoir droit et porte « atteinte à sa réserve et ses conclusions tendent uniquement à ce que ce travail soit rectifié dans le sens qu'il « indique. »

(61) Cass. 28.10.1935. D.H. 1936, p.36. Voir aussi l'application du même principe dans : Bordeaux 30.7.1853, D. P. 1855.2.120 et Chambéry 8.7.1873, D.P. 1874.2.198.

« Considérant que, dans ces conditions, la contraven-
« tion à laquelle est rattachée la clause pénale n'existant
« pas, cette peine ne saurait être encourue et si, en défini-
« tive, Jules Lebeau n'a fait que se tromper de bonne foi
« sur l'étendue de ses droits en réclamant plus qu'il ne
« peut prétendre ; il sera suffisamment puni par la perte
« de son procès, et par sa condamnation aux dépens qui
« en sera la conséquence (62). »

La solution ne serait pas la même si les conclusions de l'héritier, sans contredire apparemment les intentions du testateur, doivent en réalité aboutir à en modifier l'économie. Il en est ainsi si la demande, introduite sous couleur d'action en interprétation des dispositions du *de cujus*, tend « à rien moins qu'à faire prononcer la nullité du legs « universel contenu au testament (63) ».

Pour juger de la faute de l'héritier, les tribunaux jouissent d'un pouvoir d'appréciation. Ils ont jugé que le legs fait à un des mineurs contre renonciation au profit d'un légataire d'une part indivise qui leur appartenait dans un immeuble, à peine de déchéance, n'enlevait pas à la tutrice de ces mineurs le droit de formuler au cours de la demande en homologation, toutes observations touchant la validité de cette renonciation. « Ce serait mal interpréter « la volonté de la testatrice que de prétendre qu'elle a « voulu, par la clause de déchéance, interdire d'une ma-
« nière absolue aux héritiers toute résistance aux préten-
« tions du demandeur, quelles qu'elles fussent (64). »

Ce pouvoir d'interprétation a conduit parfois les tribunaux à écarter l'application de la clause pénale, bien qu'en fait il y ait eu attaque judiciaire contre le testament, s'il ressort des circonstances que l'héritier n'avait pas, mal-

(62) Trib. Civ. St-Omer 25.7.1867, sous Cass. req. 31.3.1869, D.P. 1869.1.521.

(63) Req. 5.7.1847, S. 47.1.839, D. P. 1847.1.256.

(64) Dijon, 10.7.1879, D.P. 1880.2.129.

gré les apparences, l'intention de violer l'interdiction du testateur, mais au contraire d'assurer le respect de ses dernières volontés.

Une testatrice lègue une rente viagère, avec interdiction à la légataire de prendre, pour garantir l'exécution de la rente, une hypothèque sur les immeubles successoraux. Malgré cette défense, la crédientière prend hypothèque contre l'exécuteur testamentaire dont la mauvaise gestion avait compromis le payement du legs. La Cour de Rouen, dont la décision fut maintenue par la Chambre des Requêtes (65), annula cette hypothèque en conformité des dernières volontés de la testatrice, mais elle écarta l'application de la clause pénale en observant que la légataire n'avait pas l'intention d'élever une discussion contre le testament, mais au contraire de le faire respecter en assurant au moyen d'une hypothèque le service de la rente.

Une atténuation à la rigueur de l'exhérédation conditionnelle résulte de l'application, ici, comme en matière d'obligation, du principe de la spécialité de la clause pénale. Ainsi, la clause prévue au cas où les héritiers contesteraient le testament est inapplicable au cas où l'héritier actionné en délivrance d'un legs, refuse de faire cette délivrance par le motif que la chose léguée lui appartient et que le testateur en a disposé sans savoir qu'il léguait la chose d'autrui (66).

On s'est demandé si le fait de s'en remettre à justice constituait une contestation suffisante de l'héritier contre le testament pour justifier de l'application de la clause pénale. La question s'est posée au cours d'une instance en exécution d'un testament où l'un des héritiers assignés, sans conclure au rejet de la demande en exécution, s'en était rapporté à justice. On a fait valoir contre lui que s'en

(65) Req. 20.2.1882, D.P. 1882.1.363.

(66) Civ. 25.4.1860, D.P. 1860.1.230.

remettre à justice c'était contester la demande. puisque la partie conservait son droit de faire appel. Le Tribunal écarte l'argument en ces termes (67) : « Que si, en effet, il
« est de principe que s'en rapporter à justice, c'est contes-
« ter, en ce que le droit d'appel, par exemple, reste ouvert
« à celui qui s'en rapporte, cette règle générale et qui n'a
« rien d'absolu, ne saurait régir la situation actuelle, alors
« que celle-ci repose sur le droit étroit, et que le manque
« de respect pour la volonté de la testatrice n'est pas, en
« l'état, suffisamment caractérisé. »

*
**

IV. — *Effets de la clause pénale testamentaire.*

L'intention du testateur qui insère dans son testament une clause pénale est évidemment d'en assurer l'exécution en interdisant tout procès dont l'effet serait d'altérer en tout ou en partie ses dernières volontés.

Mais l'on a vu que cette clause pénale n'était pas licite dans tous les cas ; la volonté du testateur peut se mettre en conflit avec la loi, et de ce conflit, elle ne sortira victorieuse que si l'ordre public a été respecté. D'autre part, dans les cas où la clause pénale est maintenue comme ne portant atteinte qu'à des intérêts privés, par exemple en cas de legs de la chose d'autrui, ou avant la loi du 7 février 1938, inégalité en nature des lots, la clause pénale équivaut à conférer aux héritiers une option entre leur réserve et le respect intégral du testament.

Un procès pourra donc toujours s'ouvrir qui permettra aux tribunaux de contrôler les dispositions des donateurs et testateurs à travers les dispositions impératives de

(67) Trib. Civ. Lille, 3.8.1866. Civ. 15.2.1870, D. 1870.1.182.

la loi et de reconnaître l'attitude des héritiers vis-à-vis de ces dispositions. La clause pénale ne peut donc pas avoir pour effet de rendre l'action irrecevable.

L'expression de ce principe est maintenue dans un arrêt de la Chambre des Requêtes du 27 mars 1855 :

« ...Que dès lors et nonobstant la clause qui ordonnait
« aux mineurs d'Heuqueville de respecter les libéralités
« faites aux époux Bonaventure, sous peine d'être déchus de
« leur droit, l'arrêt attaqué a dû, comme il l'a fait, déclara-
« rer lesdits mineurs recevables à attaquer ces libéralités
« comme n'étant pas l'expression de la volonté libre de la
« dame Villain-Lebesgue, sauf à voir ultérieurement si
« cette clause pénale devait ou non leur être appliquée (68). »

A quelle condition se produit l'application de la clause pénale? Suffit-il que l'héritier attaque le testament ou faut-il qu'il ait, en plus, perdu son procès ?

Les développements qui précèdent, au sujet de la validité de cette clause pénale, imposent une distinction.

a) *Le motif de l'action est-il une atteinte à l'ordre public* (vice de forme, suggestion et captation, atteinte à la réserve, etc...), *l'application ou non de la clause pénale dépendra du sort de l'action principale*. La clause pénale ne s'applique pas si l'héritier contestant a triomphé dans son action, car à ce signe, on reconnaît que l'acte attaqué est entaché d'un vice qui lui enlève toute existence aux yeux de la loi.

Si l'héritier succombe, il encourt la peine.

C'est, d'autre part, à ses risques et périls qu'il intentera l'action. La jurisprudence déclare non recevable une demande d'expertise pour évaluer au préalable l'important.

(68) D.P. 1855.1.257, Cp. Demolombe, T.18, p.302, n°286-287, S. 85.1.702, dans le même sens, Civ. 24.12.1857, S. 58.1.177.

ce de la succession pour décider ensuite s'il y a lieu ou non à une action en réduction. Les héritiers doivent tout de suite prendre position (69).

Cette sévérité de la jurisprudence paraît conforme à l'intention du testateur qui cherche, en insérant une clause pénale dans son testament, à prévenir les discordes familiales. L'exhérédation apparaît ici avec un caractère nettement répressif. Elle punit l'héritier qui a élevé contre le testament des contestations reconnues mal fondées (70).

« Considérant que par cette triple infraction aux vo-
« lontés de la testatrice, Léon a encouru la clause pénale
« contenue dans les testament et codicille dont s'agit et qu'il
« doit, en conséquence, être réduit à sa réserve ; que toute
« sévère qu'elle puisse paraître, cette solution n'en est pas
« moins très juridique, et que la privation de la quotité
« disponible ne sera ,après tout, que la juste peine de la
« désobéissance prolongée de Léon et de l'injure faite à la
« mémoire de l'aïeule. »

Le principe que la clause pénale est encourue quand l'héritier a succombé, a été encore une fois affirmé dans un arrêt du 21 juin 1910 (71). En commentant cette décision, M. Hugueney résume ainsi la doctrine de la Cour Suprême : « L'héritier contestant avait soutenu que le droit
« de vérifier l'atteinte ou non à la réserve était d'ordre pu-
« blic. La Cour l'a écarté, fidèle à sa tradition. Car, si à
« toute époque, elle a proclamé la nullité des clauses péna-
« les qui tendraient à mettre en échec des principes d'ordre
« public, depuis longtemps elle ajoute à cette règle fonda-
« mentale ce correctif important : qu'il est permis au tes-
« tateur d'interdire à ses héritiers, sous menace de peine,
« d'attaquer son œuvre, même sous prétexte d'atteinte por-

(69) Req. 30 mai 1866, D.P. 1867.1.256.

(70) Nancy, 13.2.1867, S. 67.2.253.

(71) Cass. 21.6.1910, S. 13.1.33.

« tée à des lois d'ordre public. Si les héritiers, violant cette « défense, agissent en justice, c'est à leurs risques et périls : s'ils triomphent, la clause, parce que nulle, reste « inopérante ; s'ils échouent, ils encourent la peine (72). »

On peut donc conclure, sur ce point, que la clause pénale testamentaire jointe à une disposition attaquée comme contraire à l'ordre public n'est pas encourue par le fait de l'action. Elle dépend du jugement à intervenir (73).

Toujours dans cette première hypothèse, la jurisprudence a su se prononcer sur l'application de la clause pénale en cas d'échec partiel. L'héritier qui a contesté un testament pour plusieurs motifs, dont quelques-uns ont été accueillis, alors que les autres ont été rejetés, est-il pour cela passible de la pénalité testamentaire ?

On distingue généralement suivant que le testateur a voulu imposer à ses héritiers le respect en bloc de ses dispositions testamentaires, de sorte que la nullité d'une disposition entraîne la nullité de tout le testament, ou s'il a voulu assurer le respect de chacune de ses dispositions prises isolément, de sorte que l'annulation de l'une est sans effet sur le sort de l'acte tout entier. Dans le premier cas, le testament est annulé tout entier : il n'en reste rien et la clause pénale ne sera pas encourue ; dans le second cas, qui constitue le cas d'échec partiel proprement dit, la clause d'exhérédation sera appliquée (74).

b) La solution est différente si les motifs invoqués par l'héritier contestant ne visent que son intérêt privé. Ici, la clause pénale sera encourue par le fait de la contestation,

(72) Note Hugueney au Sirey, 13.1.33, Ss Cass.

(73) Civ. 14.3.1866, D.P. 1866.1.173. Adoptant les motifs d'un arrêt de Bordeaux, 9 juin 1869, D.P. 1863.2.207, Rouen 21.4.1875, D.P. 1875.2.235.

(74) Civ. 2.8.1869, D.P. 1869.1.403. Dans le même sens : Orléans : 9.2.1870, D.P. 1870.2.49, maintenu par Cass. 9.1.1872, S. 72. 1.107, D.P. 1872.1.128.

quelle qu'en soit l'issue. L'interdiction d'attaquer un **testament qui respecte l'ordre public** est valablement imposée par le testateur qui met l'héritier ou légataire en face d'un choix : celui de se voir réduit à sa réserve ou d'exécuter à la lettre les dispositions de son auteur. L'exercice de l'action en justice indique que l'héritier a choisi l'exercice de son droit à la réserve. Cela suffit pour que la clause pénale soit encourue. Cette jurisprudence est déjà ancienne. La Cour de Limoges, dès 1883 (75), a fait application de la clause pénale contre un héritier qui avait attaqué un testament sur la base des articles 826 et 832, tout en annulant le partage de l'ascendant.

Et la Chambre Civile (76) a maintenu un arrêt de la Cour d'Angers qui, en prononçant l'annulation d'un testament contenant un legs sur la chose d'autrui, avait prononcé la clause d'exhérédation contre l'héritier contestant.

Dans une décision récente, le même principe a été appliqué à l'occasion d'une attaque dirigée par un héritier contre un testament-partage pour lésion de plus d'un quart (77).

(75) 23.2.1888, D.P. 1890.2.79.

(76) Civ. 25.2.1925, D.P. 1925.1.185 (note de M Savatier)

(77) Cass. 28.10.1935, D.H. 1936, p.36. Voir aussi l'application du même principe dans : Bordeaux, 30.7.1853, D.P. 1855.2.120 et Chambéry : 8.7.1873, D.P. 1874.2.198.

CONCLUSION

Un regard d'ensemble sur les pages qui précèdent permet d'opposer dans leurs caractères et leur valeur pratique les règles qui, en droit Français et en droit Egyptien, régissent l'institution de la clause pénale.

Ces règles s'inspirent fidèlement des textes particuliers à la clause pénale et de ceux qui régissent dans les obligations en général, les dommages-intérêts judiciaires. La peine ne peut être appliquée que si elle est licite en elle-même et dans son but ; que s'il y a eu violation fautive de l'obligation ; elle suppose la demeure du débiteur ; et comme d'autre part elle est destinée à assurer l'exécution de l'obligation, elle doit être encourue intégralement par le seul fait de l'inexécution, toute discussion du préjudice étant irrecevable. Ce dernier point marque une divergence entre le droit Français et le droit Egyptien, qui, autrement, appliquent des règles identiques.

Le droit Français est empreint, ici, du caractère individualiste qui domine toute la théorie des obligations du Code Civil. La clause pénale fait la loi des parties ; elle exclut le contrôle du juge ; les avantages de cette conception consistent surtout à faire éviter les procès sur les dommages-intérêts, ou à simplifier, en cas de litige, la tâche du créancier. Les procès seront évités, car le défendeur préférera ne pas ajouter au montant de la peine une condamnation aux dépens qu'il sait être la conséquence certaine du seul fait de l'inexécution ou du retard. S'il y a procès, la tâche du créancier sera simplifiée, car il se bornera à prouver la violation du contrat, n'ayant pas à fournir la preuve du quantum du préjudice, ni même de sa réalisation.

On a cependant décrié le caractère forfaitaire de la clause pénale, malgré les avantages auxquels il conduit. Le respect du forfait menace de faire de la clause pénale un instrument injuste permettant au contractant le plus fort d'imposer sa loi au plus faible ; il lui fera consentir des peines élevées en garantie d'engagement qu'il pourrait ne pas tenir, ou, au contraire, si le plus fort est débiteur, il réduira sa responsabilité à un chiffre bien inférieur au préjudice que causerait à son contractant l'inexécution du contrat (1).

On ne peut évidemment pas nier ce danger, mais quelle est l'institution juridique ou sociale dépourvue d'inconvénients ? Si une partie redoute les conséquences du caractère forfaitaire de la clause pénale, il lui sera loisible de ne pas stipuler des dommages conventionnels et de se laisser régir par le droit commun.



Les textes de la loi Egyptienne sur la clause pénale permettaient aux tribunaux (leur imposaient selon nous) de régler sur ce point le sort de la clause pénale de la même manière qu'en droit Français. Mais il semble que le système français leur ait paru trop rigoureux pour le débiteur. Ils ont préféré, à la sécurité du créancier, garantir un certain équilibre entre peine et dommages. C'est pour cela que la jurisprudence mixte a imposé la preuve du préjudice pour rendre exigible la clause pénale, tout en imposant au juge le respect du forfait en cas de préjudice réalisé. Poussant plus loin l'application des idées d'équité et de justice commutative, la jurisprudence des tribunaux na-

(1) V. Planiol, Ripert et Esmein. *Traité Pratique de Droit Civil*, T.VII, n° 867, p.173.

tionaux a même admis que le juge pouvait écarter l'indemnité dont le montant est excessif, déraisonnable, inadmissible et hors de proportion avec le préjudice effectivement subi par le créancier, et évaluer lui-même les dommages à allouer.

Nous avons déjà indiqué les critiques que soulève ici l'application des idées d'équité. L'équité est un instrument dont le législateur n'a autorisé l'usage qu'« en cas de silence, d'insuffisance ou d'obscurité de la loi » (art. 34 du R.O.J. et art. 11 du C. Civ.). Les lacunes des codes ont poussé la jurisprudence à se servir très heureusement de l'équité, comme source subsidiaire du droit, pour régler, d'après les observations de la vie pratique, les rapports que le législateur n'avait pas réglés (2). Mais le recours à l'équité ne peut pas être invoqué pour régir des rapports prévus par la loi, pour aboutir à des solutions contraires à la loi. L'usage de l'équité en matière de clause pénale a insensiblement porté les tribunaux à partir de l'analyse du préjudice à proportionner quelquefois les peines aux préjudices ; on en a vu des exemples dans l'étude du contrat de vente de coton, où l'acheteur stipule en cas d'inexécution le paiement d'une somme fixe ajouté à la différence entre le prix convenu au contrat et celui de la marchandise au jour de la livraison ; on en a vu un autre exemple dans les ventes à tempérament, où on stipule, à titre de clause pénale, le droit au profit du vendeur, de retenir en cas de résiliation pour défaut de paiement d'un terme à son échéance, les montants déjà payés à valoir sur le prix ; dans le premier cas, la jurisprudence ne donne à l'acheteur le droit de choisir entre les deux montants (somme fixe ou clause de différence), alors qu'on s'attendrait à les voir appliqués tous deux ; dans le deuxième contrat, la clause pénale est écartée et on lui substitue

(2) Voir sur l'application de l'équité en jurisprudence Mixte l'article de S. Messina : « Lacunes de la loi en Droit Egyptien Mixte » dans *L'Egypte Contemporaine*, de mai 1921, n° 59.

le droit commun. En réalité, ces solutions cadrent mal avec les textes, et cette discordance appelle une réforme qui devra mettre les arrêts en harmonie avec la loi.

Cette réforme, il paraît vain de l'attendre de la jurisprudence. Les principes qu'elle a posés ont été solennellement fixés dans des décisions rendues toutes Chambres Réunies, et les circonstances qui ont imposé ces solutions ne paraissent guère modifiées pour déterminer la Cour à réviser sa doctrine.

C'est de la loi qu'il faut attendre cette révision, et le moment paraît opportun, puisqu'une commission travaille, à l'heure actuelle, à reviser nos codes. Le législateur se trouve avoir le choix entre la consécration officielle des tendances actuelles de la jurisprudence qui donne au juge un pouvoir de contrôle sur le préjudice et sur le quantum de la peine et le maintien des textes actuels dont découlent le respect absolu du forfait et la dispense de preuve du préjudice. Cette situation est le renouvellement de celle du législateur Français de 1804, qui avait à choisir entre la doctrine libérale de Pothier et le respect du contrat qu'enseignait le droit Romain.

Malgré ce qu'on a pu invoquer contre le système du forfait, c'est à lui qu'il serait souhaitable de voir s'en tenir, ou plutôt se maintenir le législateur égyptien. Les avantages traditionnels reconnus à la clause pénale (éviter ou simplifier les procès) ne sont assurés que par l'application à la lettre du contrat. Si le législateur accorde au juge un pouvoir de contrôle, au lieu d'être évités, les procès seront encouragés, les débiteurs espérant toujours obtenir de la clémence du juge une réduction de la peine. Si l'on objecte que l'application rigoureuse de la peine serait mal adaptée à la physionomie sociale de l'Égypte, nous pourrions répondre par ces paroles déjà citées et qui restent vraies, du tribun Favard, lors de la communication officielle au Tribunat du projet de la loi sur les Obligations : « Il est du « devoir du législateur de forcer les hommes à voir des « lois dans les contrats et à les exécuter avec ponctualité :

« moyen infallible de les amener à la bonne foi la plus scrupuleuse » (3).

Mais au moment où est formulé ce souhait, nous ne nous cachons pas les entraves d'ordre politique que rencontrera sa réalisation. Dire que la clause pénale sortira ses effets sans égard au préjudice, c'est vouloir affirmer la suprématie du contrat à une époque qui nous fait assister au contraire à son déclin. M. Ripert étudie dans son ouvrage récent : « Le Régime Démocratique et le Droit Civil Moderne » comment l'idée démocratique, au nom de l'égalité, peut détruire pièce à pièce la liberté de contracter (4), dont l'abus risque d'entraîner l'inégalité économique ; il indique les moyens employés pour réduire cette inégalité (lésion de plus en plus admise, imprévision en matière administrative, réglementation du contrat de travail, du contrat d'adhésion, relativité des droits subjectifs). Il signale, en outre, l'influence du facteur économique sur la validité du contrat (le contrat est nul lorsqu'il est contraire à l'ordre public économique (5), et sur la vie du contrat, (lorsqu'en cours d'exécution, les circonstances économiques rompent l'équilibre des prestations (6)).

Cette atteinte au contrat existe-t-elle en Egypte ? L'étude serait à faire. Mais l'on peut déjà signaler des mesures législatives comparables à celles qu'indique M. Ripert comme étant en France les causes de l'affaiblissement de l'autonomie de la volonté ; en particulier la loi n° 3 de 1939 réduisant les dettes hypothécaires (7) précédée d'un moratoire imposant l'arrêt des ventes forcées jusqu'à fin 1937, mais qui fut successivement prorogé à fin 1938. Cette mesure importante du soulagement du débiteur avait été

(3) Fenet, Tome 13, p. 336.

(4) Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris 1936, page 130.

(5) G. Ripert, op. cit., p. 273.

(6) G. Ripert, op. cit., p. 303.

(7) Journal Officiel du 23 janvier 1939.

déjà précédée d'un décret-loi abaissant le taux de l'intérêt.

C'est sous la pression de la crise économique qui a particulièrement éprouvé les fortunes immobilières que le législateur égyptien a été amené à ces mesures libératoires ; le maintien des dettes dans leur importance première menaçait de ruiner bon nombre de propriétaires. Ces mesures ne sont d'ailleurs pas spéciales à l'Égypte ; la France en a adopté de pareilles en 1935 au profit de certains locataires (8). Mais on a décrié ces générosités qui, malgré le soulagement momentané qu'elles procurent, en arrivent à habituer les débiteurs à ne plus tenir compte de leurs engagements. Il est dangereux, pour guérir une crise économique de menacer la société d'une crise morale (9).

Si donc, à l'heure actuelle, le moment est propice pour une réforme législative de la clause pénale, à cause de la revision des codes, le souhait de cette réforme, dans un sens rigoriste et individualiste paraît avoir peu de chances d'aboutir. Cette réforme présenterait pourtant des avantages incontestables de redressement moral, avantages déjà signalés en 1804 par le tribun Favard parlant devant le Tribunat de l'art. 1152 du C. Civ. : « Cette disposition, avait-il dit, renferme une excellente morale en assujétissant les hommes à compter sur l'exécution littérale de ce qu'ils ont stipulé. » (10).

C'est par la solution sévère que l'on arrivera à mieux garantir la tenue des promesses et le respect de la bonne foi.

Vu : *Le Doyen*,
G. RIPERT.

Vu : *Le Président*,
G. RIPERT.

Vu et permis d'imprimer :
Le Recteur de l'Académie de Paris
G. ROUSSY

(8) V. G. Ripert, *op. cit.*, p. 153, n° 79.

(9) G. Ripert, *op. cit.*, p. 155 et 156, n° 80.

(10) Fenet, *Tome 13*, p. 323.

BIBLIOGRAPHIE

Cette bibliographie ne contient que la liste des ouvrages qui ont été le plus souvent consultés. N'y sont pas indiquées les références aux notes et arrêts contenus dans les Recueils de Jurisprudence Dalloz, consultés de 1845 à 1938.

La Jurisprudence Egyptienne Mixte a été étudiée pour les années 1876 à 1888 dans le Recueil Officiel ; pour les années depuis 1888 à 1938 dans le Bulletin de Législation et de Jurisprudence Egyptiennes (Ibrahimieh, Alexandrie) et dans la Gazette des Tribunaux Mixtes d'Egypte (3, rue de la Gare-du-Caire, Alexandrie).

Pour l'étude de la jurisprudence des Tribunaux Nationaux, nous avons eu recours au Bulletin Officiel des Tribunaux Indigènes (Imprimerie Nationale, Boulac, Caire).

AUBRY et RAU. — Cours de Droit Civil Français, V^e Edition.

BASSARD (Léon). — Des contrats d'achat et vente ferme de coton à livrer entre maisons de commerce et propriétaires cultivateurs. Etude parue dans la Gazette des Tribunaux Mixtes d'Egypte, Tome XXII, p.311.

BAUDRY-LACANTINIERE et BONNECASE. — Supplément au traité théorique et pratique du Droit Civil, T.I, Paris, Ténin 1924.

COLIN et CAPITANT. — Traité Elémentaire du Droit Civil Français, Tome III.

CUQ. — Manuel des Institutions Juridiques des Romains.

DEMOGUE. — Traité des Obligations en général. Paris 1932.

DEMOLOMBE. — Cours de Code Napoléon. Edition de 1865, Tomes 23, 24 et 26.

DOMINICUS M. PRUMMER. — Manuale Theologiæ Moralis, Tomum II. Friburgi 1937, Herdes & C^o.

FENET. — Recueil des Travaux Préparatoires du Code Civil, Tomes I, II, III, IV et XIII.

LALOU (Henri). — La responsabilité civile, II^e Edition, Dalloz, Paris 1932.

- LAURENT. — Principe de Droit Civil, Edition de 1878, Tome 17.
- PLANIOL et RIPERT. — Traité Élémentaire de Droit Civil, X^e Edition, Tomes II et III.
- PLANIOL et RIPERT. — Traité Pratique de Droit Civil, Tomes V et VII.
- Revue Trimestrielle de Droit Civil, années 1902 à 1920 ; 1924 à 1931 et 1933.
- RIPERT (Georges). — Le Régime Démocratique et le Droit Civil Moderne. Librairie Durand-Auzias. Paris 1936.
- SAVIGNY. — Le Droit des Obligations, Tome II, Paris 1863.

TABLE DES MATIÈRES

PRÉLIMINAIRES

	<i>Pages</i>
<i>Objet et Plan de l'ouvrage</i>	5
I. — Place de la clause pénale dans le droit des Obligations. — Ses avantages pratiques. — La double définition du Code Civil correspond-elle à deux institutions différen- tes ? — Réponse négative puisée dans les travaux pré- paratoires du Code Civil	8
II. — Sources de la clause pénale. — Réparations fixes im- posées par la loi. — Source judiciaire de la clause pénale. — Source conventionnelle. — Contenu et formes de la clause pénale	17

PREMIÈRE PARTIE

THÉORIE GÉNÉRALE DE LA CLAUSE PÉNALE

CHAPITRE PREMIER. — *Caractère accessoire de la clause pénale :*

1. Art. 1227 du Code Civil. Applications : en matière syn- dicale. — Dans les ententes professionnelles extra-syn- dicales. — Dans le contrat de travail (pour limiter la li- berté de rompre le contrat de travail à tout moment, pour régler l'indemnité de renvoi abusif, pour régler le préavis), en matière de cession d'office, dans divers autres contrats	27
2. Exceptions à l'art. 1227, paragr. 2 du C. Civil : clause pénale jointe à une promesse pour autrui, à une stipu- lation pour autrui, à la vente de la chose d'autrui	36
3. Sort de l'annulation de la clause pénale sur le droit d'ob- tenir des dommages-intérêts	37

4. La clause pénale participe des modalités et de la nature des obligations auxquelles elle est jointe. Clause pénale dans une obligation conjointe, solidaire, indivisible.... 38

CHAP. II — Conditions d'exigibilité de la clause pénale :

1. *Il faut une contravention à l'obligation* sanctionnée par la clause pénale. — La clause pénale peut sanctionner le retard ou l'inexécution. — Distinction entre le retard et l'inexécution. Critérium. — La clause pénale stipulée pour le retard est applicable en cas d'inexécution. — Exemples. — La clause pénale prévue en cas d'inexécution est inapplicable au cas de simple retard. — Exemples.

Il faut que l'événement pour lequel la clause pénale a été stipulée soit réalisé et qu'entre temps les parties n'aient apporté aucune modification au contrat (Applications pratiques aux contrats d'assurance, d'entreprise), ou à la clause pénale..... 41

2. *Faute du débiteur :*

- a) *Présumée jusqu'à preuve d'une force majeure ou d'une faute du créancier ou d'un tiers.* Caractère limitatif de cette énumération. — Pouvoir d'interprétation du juge. — Il faut une faute lourde ou un dol pour rendre exigibles les clauses pénales qui ont le caractère d'une amende. Exemples. — Caractère restrictif de cette règle 53

- b) *Faute du créancier.* Elle consiste dans la violation par le créancier de ses propres engagements. — Applications pratiques. — Faute d'un tiers..... 57

- c) *Mise en demeure.* — Définition. Art. 1230 du Code Civil ; 178 du Code Civil Mixte et 120 du Code Civil Indigène. — Ces textes s'appliquent aux clauses pénales moratoire et compensatoire. — Critique de son application à la clause pénale moratoire. — Théorie contraire de Demolombe.

Application de la mise en demeure aux obligations de donner, de faire. Inapplicabilité aux obligations de ne pas faire.

Dispenses de mise en demeure : conventionnelle, légale (art. 1146). Cas où l'exécution est devenue impossible. Cas où le débiteur refuse d'exécuter.

Formes de la mise en demeure. Renvoi au droit commun.

Effets de la mise en demeure. Elle rend exigible la clause pénale, sans rétroactivité. — Théorie de Larombière: Quid du sort du droit du créancier aux domma-

- ges-intérêts quand la clause est inapplicable pour défaut de mise en demeure ? 60
- d) De la force majeure : Renvoi au droit commun. Quid de son efficacité sur la clause pénale moratoire lorsque le débiteur est en demeure. Applications pratiques.... 63

3. Du préjudice :

- a) Cette condition imposée pour les dommages-intérêts judiciaires est-elle applicable au cas de clause pénale ? Exposé des deux systèmes possibles : système de la protection du créancier, admis en droit français, dispensant de la preuve du préjudice. — Théorie contraire fondée sur les idées de justice commutative et d'équité. — Système du droit Egyptien. — Sa justification en droit. Critique. — Raisons pratiques en faveur de la solution du droit égyptien. — Système du Droit Suisse 70
- b) A qui incombe la preuve du préjudice en droit Egyptien ? 75
- c) Historique de la jurisprudence Egyptienne Mixte sur la nécessité de la preuve d'un préjudice..... 82

CHAP. III. — Effets de la Clause Pénale :

1. Du délai de grâce quand une clause pénale a été stipulée. — Pouvoir du juge de l'appliquer. — Effets du délai de grâce quand la clause est prévue pour le retard, quand elle est prévue pour inexécution. — Cas où le délai de grâce est interdit 91
2. Clause pénale et exécution. — On ne peut cumuler la clause pénale pour inexécution avec l'exécution. Mais le créancier conserve son droit d'option entre l'exécution et la réclamation de la clause. Caractère révocable de l'option du créancier. — Droit pour le débiteur d'arrêter l'action en réclamation de la clause en offrant d'exécuter. — Applications pratiques de la règle de non-cumul. — Non caractère d'ordre public de la règle. — Application au cas de la transaction. — Théorie de Toullier. — Critique. — Cumul possible entre pénalité de retard et exécution 95
3. Caractère forfaitaire de la clause pénale :

I. — Le droit moderne s'écartant de l'ancien droit a adopté la règle Romaine de la fixité de la clause pénale. — Analyse des travaux préparatoires du Code Civil. — Texte du premier projet. — Opinion du Tribunal de Cassation et des différentes Cours d'Appel : Grenoble Montpellier, Bordeaux. — Discussion au Conseil d'Etat, séance du 18 Brumaire an XII. — Présentation au corps

législatif du 28 janvier 1804. — Communication officielle au Tribunal 101

Applications jurisprudentielles de la règle de la fixité de la clause pénale. — Clause pénale et astreinte..... 107

II. — Exceptions au principe de la fixité :

a) lorsque, la clause pénale étant nulle, le juge recouvre le droit d'allouer des dommages-intérêts selon le droit commun.

b) en cas de dol du débiteur..... 109

III. — Le caractère forfaitaire en droit Egyptien.

a) son application avant et après l'arrêt de 1922.

b) Peut-on allouer des intérêts sur le montant de la clause pénale ? 111

IV. — La fixité dans le Code Civil Suisse des Obligations 115

CHAP. IV. — Exécution partielle :

Art. 1231 du Code Civil : son fondement. — L'exécution partielle en droit Egyptien : son fondement. — Application de la règle aux contrats successifs et instantanés. — Non-caractère d'ordre public de la règle. — Exemples de dérogation tacite. — L'exécution partielle doit être acceptée par le créancier ; elle doit lui avoir profité ; ce profit doit être direct. — Comment doit se faire la réduction ? Selon le contrat s'il prévoit le cas d'exécution partielle ; sinon, les juges réduiront en s'inspirant du profit retiré, mais en respectant le caractère pénal de la clause. — Quid en cas d'absence de préjudice ? 116

CHAP. V. — La Clause Pénale dans la Jurisprudence des Tribunaux Nationaux :

1. Caractère accessoire de la clause pénale..... 125

2. Conditions d'exigibilité de la clause pénale : Le débiteur doit être en demeure. — Il est libéré par la faute du créancier. — Il faut un préjudice 126

3. Effets de la clause pénale : principe du respect du forfait, sauf si le montant très élevé de la clause fait présumer qu'il s'agit d'une clause comminatoire. — Critique de la jurisprudence 129

4. Retard et exécution partielle :

Pouvoir du juge de réduire dans tous les cas la clause pénale en cas d'exécution partielle et la clause pénale prévue pour retard 131

DEUXIÈME PARTIE

APPLICATION DE LA CLAUSE PÉNALE DANS CERTAINS CONTRATS

CHAPITRE PREMIER. — *La pénalité dans le contrat de vente de coton à livrer, en Egypte :*

1. *Généralités.* — Importance de ce contrat dans l'activité économique de l'Égypte. — Il porte sur les récoltes futures. — Mode de fixation du prix. — Usage selon lequel l'acheteur, pour se couvrir, revend aussitôt la marchandise qu'il vient d'acheter. — Différentes sortes de clauses pénales que l'on peut insérer dans ces contrats.... 135
2. *Faute du débiteur :* La faute est une condition de la responsabilité du débiteur. Influence de la force majeure. L'attaque par le ver constitue-t-elle un cas de force majeure ? Quid des conditions atmosphériques. La force majeure ne libère le débiteur que s'il prévient l'acheteur avant l'époque de la livraison du motif qui l'empêchera d'exécuter 139
3. *Mise en demeure.* — La mise en demeure est obligatoire, sauf clause contraire. — L'époque de la maturité ne constitue pas par elle-même le débiteur en demeure. — La dispense de mise en demeure édictée par l'art. 418 du C. Civ. Mixte ne joue qu'au profit du vendeur 141
4. *Préjudice.* — La preuve du préjudice est nécessaire. — Dans les premiers arrêts, ce préjudice consiste dans la différence du prix fixé au contrat et celui au jour de la livraison. — Quid si le prix n'est pas fixé au contrat. — Critique de cette jurisprudence. — Depuis 1930, le préjudice consiste dans la perte des bénéfices commerciaux escomptés, indépendamment de toute différence des prix. — Quid du préjudice moral 142
5. *Réparation forfaitaire.* — Pour appliquer l'arrêt du 9 février 1922, la jurisprudence distingue selon la forme de la clause pénale :
 - a) la clause pénale sous forme d'une somme fixe à payer par cantar non livré est appliquée intégralement;
 - b) si la clause de différence des prix est jointe à la clause d'une somme fixe à payer par cantar non livré,

la jurisprudence n'alloue qu'une seule des deux sommes. — Critique de cette jurisprudence. — Sa véritable raison d'être. — Le créancier a le choix entre les deux montants stipulés. — Critique ;

c) la clause pénale est intégralement appliquée lorsqu'elle garantit à la fois l'exécution de la vente et le monopole d'une graine au profit de l'acheteur.

La clause pénale est-elle productive d'intérêts ? 147

CHAP. II. — *La clause pénale dans les ventes à tempérament consistant dans le droit pour le vendeur de retenir en cas de résiliation, tous les termes payés à valoir sur le prix.* 154

1. *Généralités.* — Emploi de la vente à tempérament dans les ventes de terrains. — Son extension depuis la guerre aux ventes de machines agricoles et autres machines. — Fréquence de la clause pénale consistant dans le droit pour le vendeur, en cas de résiliation, de retenir tous les termes payés à valoir sur le prix.

2. *Validité.* — Validité de la clause dans le premier état de la jurisprudence. — Motifs pratiques qui ont amené les tribunaux à une revision de cette clause : bénéfices trop grands pour le créancier. Clémence envers le débiteur. — Justification technique de ce droit de revision au moyen du principe que le juge peut réduire la clause pénale s'il y a eu exécution partielle. — Argument tiré de l'art. 34 du R.O.J. et de l'art. 11 du C. Civ. — Critique contre la solution de la jurisprudence. — Droit comparé (droits français et suisse) 155

3. *Effets de l'annulation de la clause pénale :*

a) Le juge reprend son pouvoir d'apprécier les dommages à allouer à la partie selon le droit commun.

b) Comment se fait en pratique le calcul du préjudice. — Calcul du *damnum emergens* dans les ventes d'immeubles, dans les ventes de machines. — Cette jurisprudence s'applique-t-elle au contrat de location-vente ? — Conclusion 160

CHAP. III. — *La clause pénale dans les libéralités en Droit Français :*

1. *Généralités.* — Sévérité du Code Civil à l'égard des actes à titre gratuit. Motifs de cette rigueur. — Forme de la clause pénale employée dans les libéralités.

II. — Validité de la clause pénale testamentaire :

1. *Principe.* — La clause n'est pas en elle-même illicite bien qu'elle rende plus difficile le recours à justice de l'héritier. Elle n'est illicite que si elle sanctionne une disposition nulle en vertu de l'art. 900 170

2. *Examen de cas particuliers :*

Testament nul pour vice de forme ;

Testament nul pour captation de la volonté du testateur ;

Quid du testament qui partage des biens de mineurs au mépris des lois qui imposent des formalités pour ces sortes de partage ?

Quid de l'obligation de maintenir l'indivision au delà de la période prévue à l'art. 815 du C. Civ. ?

Quid de la peine jointe à une substitution prohibée ? 171

Clause pénale sanctionnant un legs de la chose d'autrui :

Portée de l'art. 1021 du C. Civ.

Cas les plus fréquents du legs de la chose d'autrui.

Sanction du legs de la chose d'autrui. Nullité du legs avec application de la clause. Explication de la survivance de la clause pénale à l'obligation principale. — Théorie de l'option 175

Clause pénale sanctionnant des libéralités portant atteinte à la réserve :

Caractère d'intangibilité de la réserve en droit français. Quid de la théorie de l'option sanctionnant une obligation portant atteinte à la réserve.

Demolombe se prononce pour la validité de la clause. La théorie de l'option a été quelquefois admise par certaines cours d'Appel.

Solution contraire de la Cour de Cassation. Application à une disposition portant une atteinte intentionnelle ou non au montant de la réserve.

Au cas d'une disposition établissant un mode de libération spécial du profit de l'héritier institué envers le réservataire.

Au cas où la réserve est frappée de substitution permise ou d'inaliénabilité temporaire 179

Clause pénale sanctionnant des dispositions portant atteinte aux art. 826 et 832 du C. Civ.

Ces articles applicables aux partages judiciaires s'étendent-ils aux partages d'ascendants ?

La Cour de Cassation l'avait admis à la suite des travaux préparatoires du Code Civil et sous l'influence de

l'Ecole Exégétique. Opposition au cours du xix ^e siècle entre les Cours d'Appel et la Cour de Cassation. Usage de la clause pénale pour éluder le jeu des art. 826 et 832 du C. Civ. Validité de cette clause reconnue par la Cour de Cassation. Revirement de la jurisprudence en 1899. Loi du 7 février 1938	186
III. — <i>Conditions d'application de la clause pénale testamentaire :</i> Il faut une faute de l'héritier consistant dans le mépris de la volonté du testateur. — Pouvoir des tribunaux d'apprécier si l'héritier est en faute. — Exemples	192
IV. — <i>Effets de la clause pénale testamentaire</i>	196
CONCLUSION	201
BIBLIOGRAPHIE	207

